

EL DERECHO MERCANTIL COMO PREDECESOR HISTÓRICO DEL DERECHO LABORAL, Y SU RECÍPROCA INFLUENCIA

[COMMERCIAL LAW AS A HISTORIC PREDECESSOR OF LABOR LAW, AND
THEIR RECIPROCAL INFLUENCE]

José Luis García-Pita y Lastres

Fecha de recepción: 27 de febrero de 2015

Fecha de aceptación: 23 de marzo de 2015

Sumario: I. INTRODUCCIÓN.- II. DERECHO CIVIL, FRENTE A DERECHO MERCANTIL Y A DERECHO LABORAL: DOS FORMAS DISTINTAS DE SER “ESPECIAL” UNA RAMA DEL DERECHO.- III. PUNTOS DE CONTACTO, INTERFERENCIAS Y TRANSVASE DE INSTITUCIONES, ENTRE DERECHO MERCANTIL Y DERECHO LABORAL.- 1. Puntos de contacto e interferencias entre Derecho Mercantil y Derecho Laboral.- 2. Transvase de instituciones entre Derecho Mercantil y Derecho Laboral. 2.1.- Instituciones organizativas.- 2.2. Aspectos contractuales.- 2.3. La Seguridad Social; del Derecho del Seguro privado, al Derecho Laboral.

Contents: I. INTRODUCTION.- II. CIVIL LAW, IN FRONT OF COMMERCIAL LAW AND OF LABOUR LAW: TWO DIFFERENT KINDS OF BEING A “SPECIAL” BRANCH OF THE LAW.- III. CONTACT POINTS, INTERFERENCES AND TRANSFER OF INSTITUTIONS, BETWEEN COMMERCIAL LAW AND LABOUR LAW.- 1. Contact points and interferences between Commercial Law and Labour Law.- 2. Transfer of institutions between Commercial Law and Labour Law. 2.1.- Institutions of organization.- 2.2. Contractual aspects.- 2.3. Social Security; from the Law of the private Insurance, to Labour Law.

Resumen: Derecho Mercantil y Derecho Laboral son dos ramas especiales del Derecho español, considerando la cuestión desde el punto de vista del Derecho Civil. La primera se define como el Derecho privado especial de los empresarios, en sus relaciones externas o el Derecho privado regulador de la dimensión externa de la Empresa, mientras que el segundo se define como el Derecho que regula las relaciones entre empresarios [como empleadores o patronos] y trabajadores basadas en el Contrato de Trabajo, un contrato –también- de Derecho privado, o como el Derecho regulador de la dimensión interna de la Empresa, dotado –

además- de un intenso carácter tuitivo o protector del trabajador, basado en el principio “*pro operario*”.

Sin embargo, a pesar de sus diferencias, que muchos creen profundas e irreconciliables, Derecho Mercantil y Derecho Laboral comparten algunos rasgos y algunos componentes: para empezar, la común referencia conceptual a la Empresa y al Empresario. En segundo lugar, la importancia fundamental del Contrato, como fuente de obligaciones recíprocas e incluso como potencial fuente del Derecho. También existen instituciones que han actuado como “especies migratorias” entre el Derecho Mercantil y el Derecho Laboral –la Cooperativa, la Seguridad Social [nacida como una variedad social de los Seguros privados de enfermedades y accidentes laborales]...-. Tampoco cabe olvidar las numerosas y diferentes vías de participación de los trabajadores, sea en los beneficios o en la propia dirección de la Empresa, que -por el momento- solamente han podido implementarse a través de técnicas de Derecho Mercantil.

***Abstract:** Commercial law and Labour law are two special branches of the Spanish Law, considering the question from the point of view of the General Civil Law. The first one is defined as the private special Law of the businessmen, in his external relations or the private regulatory Law of the external dimension of the Enterprise, whereas the second one is defined as the Law that regulates the relations between businessmen [as employers or masters] and workers or employees, based on the Contract of Employment, a contract - also- pertaining to Private Law, or as the regulatory Law of the internal dimension of the Enterprise, endowed - besides - of an intense employee or worker-protective sense, based on the "pro operario" principle.*

Nevertheless, in spite of their differences, which many people believe deep and irreconcilable, Commercial Law and Labour Law share some features and some components: first, the common conceptual reference to the Enterprise and to the Businessman or Entrepreneur. Secondly, the fundamental importance of the Contract, as source of reciprocal obligations and also as a potential source of the Law. Also there are institutions that have acted as “migratory species” between the Commercial law and the Labour law -the Cooperative, the National Health Service [born as a social variety of the private Occupational diseases and accidents Insurances]...- And we must not forget, also, the numerous and different ways of participation of the workers, either, be in the benefits or in the own direction of the Enterprise, which -by the moment- only could have been implemented through Commercial law techniques.

Palabras clave: Derecho especial – Empresa/Empresario – Trabajador – Cooperativa – Seguridad social

Keywords: *Special Law – Enterprise/Entrepreneur – Worker – Cooperative society or company – Social security*

* * *

I. INTRODUCCIÓN

Hace ya unos cuantos años, en un foro jurídico dedicado al Derecho del Trabajo, hube de intervenir en calidad, no de ponente, sino de introductor o presentador de intervinientes y ponencias, y, en tales circunstancias, me pareció oportuno justificar mi participación en dicho foro, pues uno no puede dejar de preguntarse qué hace un mercantilista presentando unas Jornadas de Derecho Laboral. ¿Acaso se espera “*del enemigo, el consejo*”? ¿Existe algún tipo de conflicto irreductible entre mercantilistas y juslaboralistas, que erija, entre ellos, un muro infranqueable de desconfianza? Más, aún: ¿qué puede decir un mercantilista de las instituciones propias del Derecho Laboral?

En líneas generales, el Derecho Mercantil puede y debe definirse como el “*Derecho [privado] de los Empresarios*”⁽¹⁾ y esta afirmación tan sencilla constituye, al propio tiempo, la *Némesis* del Derecho Mercantil, pues la alusión a los “*empresarios*”, y la afirmación de que el Derecho Mercantil es el Derecho “*de ellos*” –Incluso este “*ellos*”, parece tomado del título de una película de terror: “*ellos*”; “*los otros*”–, parece que suscita en el inconsciente colectivo una suerte de imágenes negativas: es hablar de Derecho “*de los empresarios*”, y venir a la mente de los legos,

¹ SÁNCHEZ CALERO, F. y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.: “*Instituciones de Derecho Mercantil*”, t. I, edit. THOMSON-REUTERS/ARANZADI, S.A., 36ª ed. [9ª en Aranzadi], Cizur Menor (Navarra), 2013, p. 67. BROSETA PONT, M.: “*La Empresa, la unificación del Derecho de obligaciones y el Derecho mercantil*”, edit. TECNOS, S.A, Madrid, 1965, p. 295. OLIVENCIA RUIZ, M.: en VV.AA.: “*Derecho mercantil*”, coord. por G. Jiménez Sánchez, edit. ARIEL, S.A., 1 ed., Barcelona, 1990, p. 33. Asimismo, ENNECERUS, L. y NIPPERDEY, H.-C.: “*Derecho civil (Parte General)*”, en ENNECERUS, L., KIPP, Th. y WOLFF, M.: “*Tratado de Derecho civil*”, t. I, vol. 1º, “*Introducción. Derecho Objetivo. Derechos subjetivos. Sujeto del derecho. Objeto del derecho*”, 13ª rev. por H.C. Nipperdey, trad. esp. de la 39ª ed. alemana, por B. Pérez González y J. Alguer, edit. BOSH, CASA EDITORIAL, Barcelona, 1947, p. 2. BALLERSTEDT, K.: “*Was ist Unternehmensrecht?*”, en VV.AA.: “*Festschrift für Konrad Duden zum 70. Geburtstag*”, edit. C.H. BECK'SCHE VERLAGSBUCHHANDLUNG, Munich, 1977, p. 20, quien señala que “el concepto del Comerciante -“*Kaufmann*”- como ejerciente autónomo de una actividad constitutiva de Empresa, en cuyo nombre se llevan los negocios, tiene la fuerza sistematizadora que le corresponde en el sistema subjetivo del HGB. BAUMBACH, A., DUDEN, K. y HOPT, K.H.: “*Handelsgesetzbuch*”, edit. C.H. BECK'SCHE VERLAGSBUCHHANDLUNG, 28ª ed. actualizada, Munich, 1989, p. 2. BROX, H.: “*Handelsrecht und Wertpapierrecht*”, edit. C.H. BECK'SCHE VERLAGSBUCHHANDLUNG, 3ª ed., Munich, 1983, p. 1. BRÜGGEMANN, D.: en VV.AA.: “*HGB. Großkommentar*”, dir. por H. Staub, edit. WALTER DE GRUYTER, 4ª ed. actualizada, t. I, Berlín/N.York, 1983, p. 4. CAPELLE, K.H. y CANARIS, C.W.: “*Handelsrecht*”, edit. C.H. BECK'SCHE VERLAGSBUCHHANDLUNG, 20ª ed., reelaborada y ampliada, Munich, 1985, p. 1. HOPT, K.J. y MÖSSLE, K.P.: “*Handelsrecht*”, edit. C.H. BECK'SCHE VERLAGSBUCHHANDLUNG, Munich, 1986, ps. 14 y s. WIEDEMANN, H.: “*Handelsrecht einschließlich Bilanzrecht*”, edit. C.H. BECK'SCHE VERLAGSBUCHHANDLUNG, 6ª ed., Munich, 1992, p. 1.

e incluso de muchos que no lo son, conceptos como OPA hostil, concursos de acreedores, retribuciones millonarias de los “*managers*” de las grandes sociedades, “*stock-options*”, escándalos financieros, letras protestadas, cuentas bancarias en descubierto, aseguradoras que se resisten a pagar las indemnizaciones, bancos que cobran comisiones por servicios no prestados, cajas de ahorros que practican la usura, publicidad engañosa, consumidores defraudados, e incluso trabajadores despedidos... Y es que, aunque el Derecho mercantil fija su atención central en los empresarios, ciertamente no parece que con ello les haga ningún “regalo”, sino que **reconoce su función social, junto con los riesgos que ella comporta**, y –por ese mismo motivo– los somete a una serie de **deberes profesionales**, especialmente rigurosos, que no encuentran parangón en el ámbito del régimen jurídico de los demás ciudadanos. Pues bien; en este sentido, el Derecho Mercantil debe ser mirado como un Derecho “*de*” los empresarios, **pero no como un Derecho “para” los empresarios; no como un agregado normativo cortado a la medida de los intereses, particulares y egoistas, de ciertos sujetos, en detrimento de otros**. El Derecho Mercantil debe ser mirado desde una perspectiva parecida a la que se ha impuesto, p.e., en el moderno Derecho Administrativo: si éste sirve para proteger los derechos e intereses del ciudadano, frente a los Poderes Públicos, controlando las prerrogativas y potestades exorbitantes de la Administración... El Derecho Mercantil debe ser considerado como un Derecho **que regula –y propicia– el correcto desarrollo de la actividad de los empresarios**, protegiendo a los **terceros** que con ellos se relacionan... Y protegiendo especialmente –redobladamente– a aquellos terceros que, cuando tratan con los empresarios, se hallan constitutivamente situados en una posición de inferioridad: los **consumidores**, los **inversores**.... Incluso los **trabajadores**.

¿Que el Derecho mercantil protege a los trabajadores? Pues, sí; cuando menos **así fue** y así podría haber seguido siendo, ya que el Derecho Mercantil constituye el antecedente histórico del Derecho del Trabajo; por lo menos, del Derecho positivo especial del Trabajo. Antes que éste existiera, ya existía –hacia varios siglos– el Derecho Mercantil, aunque las relaciones socioeconómicas hoy calificadas como laborales, que ya existían –también– por aquel entonces, no eran objeto de un agregado normativo específico; de una rama especial del Ordenamiento jurídico, destinada a proteger a los trabajadores asalariados, por cuenta ajena. Y, así, cuando esos trabajadores no tenían otra fuente de regulación que el Código Civil y una Ley de 1873, sobre trabajo de los menores... era el **Código de comercio de 22.08.1885**; nuestra Ley mercantil principal y básica, la fuente instrumental que regulaba –y además, en términos relativamente ventajosos– la situación de los **colaboradores gerenciales del Comerciante** y los **colaboradores –y no sólo gerenciales, sino incluso “manuales” o no cualificados– del Naviero**, estableciendo un sistema de despidos por causas tasadas, más riguroso –y, por tanto, más beneficioso para los trabajadores– que el previsto en el Código civil, de 1889 –el cual, por cierto, es cronológicamente *posterior* al CCo.–, respecto de los “*criados y menestrales*”.

En cambio, el **Derecho Laboral** es una “rama particular del árbol jurídico” ⁽²⁾, que se caracteriza o se identifica como “el ordenamiento jurídico de las relaciones de trabajo personal, voluntario, dependiente y por cuenta ajena (y, en cuanto tal, retribuido)” ⁽³⁾ o como “el conjunto sistemático de normas que, de acuerdo con la idea social de la justicia, regula las relaciones sociales que tienen su presupuesto en la prestación de servicios profesionales por cuenta ajena” ⁽⁴⁾, sí que merecería ser calificado como un Derecho “de” los trabajadores; más, aún: sería, esta vez sí, **un Derecho “para” los trabajadores**; esta vez, sí **un agregado normativo cortado a la medida de los intereses de ciertos sujetos –los trabajadores-, en detrimento de otros: los empresarios que los contratan**. Es un Derecho –y permítaseme esta expresión que puede parecer malsonante pero que en modo alguno lo pretende, sino solamente aparecer como intensamente expresiva y sugestiva- “con los dados cargados” por el principio “*pro operario*”. Justo, al contrario que el Derecho Mercantil, en el que –propriadamente- las instituciones no se hallan imbuídas de –ni conformadas por- **ningún** supuesto principio “*pro mercatore*”, sino –en el mejor de los casos- “*pro utenti*” y, acaso, “*pro mercatura*”; un Derecho que tutela y defiende la actividad, objetivamente considerada... más que al sujeto que profesionalmente la desarrolla. En Derecho mercantil no rige, salvo en circunstancias singulares y concretas, ninguna regla hermenéutica del tipo “*in dubio, pro mercatore*”

El **Contrato Laboral** o “*Contrato de trabajo*”, lo es –“*laboral*” o “*de trabajo*”- precisamente porque tiene por objeto crear entre las partes contratantes una relación socioeconómica que, desde el punto de vista jurídico, reúne ciertas condiciones que la caracterizan como relación jurídico-laboral ⁽⁵⁾; a saber: se trata de una relación –por lo general- continuada de intercambio de trabajo dependiente y por cuenta ajena, por una prestación salarial ⁽⁶⁾. Y esta afirmación posee una importancia trascendental porque calificar a una relación contractual, como relación contractual “*laboral*” o “*de trabajo*”, conlleva unas consecuencias de alcance ordinamental: el sometimiento de la relación a un agregado normativo específico que es el Derecho “*laboral*” o Derecho “*del trabajo*”.

² MONTOYA MELGAR,A.: “*Derecho del Trabajo*”, edit TECNOS [GRUPO ANAYA,S.A.], 30ª ed., Madrid, 2009, p. 32.

³ MONTOYA MELGAR,A.: “*Derecho del Trabajo*”, cit., 30ª ed., p. 37.

⁴ BORRAJO DACRUZ,E.: “*Introducción al Derecho del Trabajo. Concepto e Historia del Derecho del Trabajo. La Empresa. El Sindicato. La Administración Laboral nacional e internacional. Las Fuentes del Derecho del Trabajo. La aplicación del Derecho del Trabajo*”, edit TECNOS [GRUPO ANAYA,S.A.], 13ª ed., Madrid, 2003, p. 53.

⁵ MONTOYA MELGAR,A.: “*Derecho del Trabajo*”, cit., 30ª ed., p. 270.

⁶ MONTOYA MELGAR,A.: “*Derecho del Trabajo*”, cit., 30ª ed., p. 270.

II. DERECHO CIVIL, FRENTE A DERECHO MERCANTIL Y A DERECHO LABORAL: DOS FORMAS DISTINTAS DE SER “*ESPECIAL*” UNA RAMA DEL DERECHO

El Derecho del Trabajo; cuando menos, el Derecho del Contrato de Trabajo es, básicamente, Derecho privado (⁷) patrimonial, aunque especial. Es Derecho **privado**, aunque en torno a su núcleo fundamental se haya generado una vasta serie de normas e instituciones de Derecho público; constitucional, administrativo, penal y procesal; un fenómeno que –hasta cierto punto– se da, también, en el Derecho Mercantil, lo cual se explica precisamente porque el caso del **Derecho Laboral** –como en el caso del Derecho Mercantil–, al referirse su objeto a un sector especial de la realidad socioeconómica, y –por consiguiente– a un sector especial del Ordenamiento jurídico; identificado o delimitado por razón de la *materia* concreta a la que se refiere –una rama o sector *especial* del Ordenamiento–, lo convierte en objeto de una regulación transversal y multidisciplinar, que –sobre un mismo determinado sector de la actividad– hacen converger *normas* de diversos tipos, por razón de su contenido y naturaleza jurídica; normas tanto de Derecho privado como normas de Derecho público; normas que regulan relaciones Empresario/Trabajador, pero también normas que regulan las relaciones de estos sujetos con la Administración pública laboral o con la Seguridad Social [No hay más que analizar el contenido del **Texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social**, aprobado por **Real Decreto Legislativo nº 1/1994, de 20.06.1994** [TRLGSS.], para apercibirse de lo intensísimamente “*administrativo*”; público, que es], y que –en determinados casos– precisan de la protección deparada por el Derecho penal, con lo que, en definitiva, ciertas conductas ilícitas, en el ámbito laboral, pueden dar lugar a cada uno de estos diversos tipos de responsabilidad: baste considerar el puro hecho de la existencia de una norma como el **Real Decreto Legislativo 5/2000, de 04.08.2000, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social** [TRLISOS.], cuyos arts. 1º y 3º nos revelan que en materia laboral o social pueden concurrir una responsabilidad administrativa *laboral*, una responsabilidad *penal* laboral,... e incluso la responsabilidad administrativa *general*. Y todo esto, sin perjuicio de que –además– puede el Empresario incurrir en responsabilidad civil, a consecuencia –p.e.– de accidentes laborales sufridos por trabajadores dependientes del mismo, sobre la base de los arts. 1902, 1903 y 1904, CC., que regulan, con carácter general, la responsabilidad civil extracontractual (⁸).

⁷ MONTOYA MELGAR, A.: “*Derecho del Trabajo*”, cit., 30ª ed., p. 45. MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ-SAÑUDO, F. y GARCÍA MURCIA, J.: “*Derecho del Trabajo*”, edit. TECNOS, S.A., 13ª ed., Madrid, 2004, ps. 51 y ss.

⁸ SECO GARCÍA-VALDECASAS, J.: “Responsabilidad civil del empresario, derivada de accidentes laborales (I). Un accidente laboral puede generar responsabilidad civil del titular de la empresa, al amparo de lo dispuesto en los artículos 1.902 y 1.903 del Código Civil”, extraído de “*RC, ACDCT, VOL. VII (2015), ISSN: 1889-4224, PÁGS. 61-120*”

Sin embargo; es –fundamentalmente, nuclearmente- Derecho *privado*, el Derecho del Trabajo, porque la relación socioeconómica típica, sobre la que versan sus normas –la relación laboral; las diversas relaciones laborales- surgen de los **contratos de trabajo**, que son negocios jurídicos celebrados entre particulares que ni actúan como portadores de intereses generales, sino particulares, ni se hallan dotados de potestades exorbitantes; es decir: carecen de “*imperium*” o no lo ejercen [No concurren los elementos que contemplan el art. 103, Const.Esp. o los arts. 1º, 2º y 3º Ley nº 30/1992, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del Procedimiento Administrativo común, en relación –p.e.- con los arts. 1º, nº 2 y 2º, nº 1 de la Ley nº 6/1997, de 14.04.1997, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado]. En este sentido, un contrato de trabajo es un contrato privado, que se somete al Derecho privado... solo que se trata de un contrato normado ⁽⁹⁾, sometido a importantes limitaciones legales de la autonomía privada, porque el Derecho del Trabajo -y concretamente el Derecho del Contrato de Trabajo- es Derecho privado *especial*.

Cierto que, entre la Doctrina juslaboralista más prestigiosa, se opta por minusvalorar la caracterización del Derecho del Trabajo como Derecho “*especial*” ⁽¹⁰⁾, prefiriéndose caracterizarlo como un Derecho “*autónomo*” ⁽¹¹⁾; cierto que se sostiene que “[I]a distinción Derecho común-Derecho especial (particularmente, si se aplica a las relaciones entre Derecho civil y Derecho del Trabajo) tiene más interés histórico que valor actual” ⁽¹²⁾, pues “*aquel supra-Derecho al que la referencia era indispensable para entender cualquier fenómeno jurídico (‘Ius Civile’, frente al Derecho pretorio, o, más tarde, frente a los derechos bárbaros y al Derecho canónico) tiene poca relación con la disciplina que hoy llamamos Derecho civil*” ⁽¹³⁾. Mas, en mi opinión, este planteamiento historicista, siendo formal e incluso sustancialmente certero, puede conducir a unas consecuencias erróneas, sobre todo cuando se aduce otro argumento que me parece, ya, falaz –no falso-, a saber: que “*difícilmente puede ser el civil un Derecho común respecto de*

revista de responsabilidad civil”, p. 3 [de 13], en <http://www.anifer.es/files/0110.1300790221.GIZR7283HRMJ7911NETT3310NYBU3262.pdf>

⁹ MONTOYA MELGAR, A.: “*Derecho del Trabajo*”, cit., 30ª ed., p. 270.

¹⁰ BORRAJO DACRUZ, E.: “*Introducción...*”, cit., 13ª ed., ps. 53 y ss., quien señala que la propia definición de Derecho del Trabajo que él propone “*es la que corresponde al Derecho del Trabajo contemporáneo o, si se quiere, al Derecho del Trabajo como Derecho ‘especial’, pero no sería válida para los datos históricos anteriores a una etapa político-social que muy bien podría fecharse, en el orden internacional, entre 1919 y 1931*”. MONTOYA MELGAR, A.: “*Derecho del Trabajo*”, cit., 30ª ed., p. 45.

¹¹ MONTOYA MELGAR, A.: “*Derecho del Trabajo*”, cit., 30ª ed., ps. 42 y ss.

¹² MONTOYA MELGAR, A.: “*Derecho del Trabajo*”, cit., 30ª ed., p. 45.

¹³ MONTOYA MELGAR, A.: “*Derecho del Trabajo*”, cit., 30ª ed., p. 270.

ordenamientos (como el laboral) que han surgido justamente como reacción frente a la insuficiencia –cuantitativa y cualitativa- de las normas civiles”.

Deseo, pues, manifiestar mi total disconformidad con este último razonamiento, que es –en sí mismo- contradictorio; es decir: que cuanto más cierto es, más debe conducir a una conclusión opuesta. Cuanto más cierto es que los “ordenamientos” –los Derechos- especiales, como el Laboral, “han surgido justamente como reacción frente a la insuficiencia –cuantitativa y cualitativa- de las normas civiles”, más evidente se hace que el Derecho civil debe proporcionarles, de forma subsidiaria o supletoria, aquellos principios y normas generales y básicas, que son “suficientes” para satisfacer las necesidades exigidas por los sectores especiales del Ordenamiento. Además, ese razonamiento conforme al cual se afirma que “*difícilmente puede ser el civil un Derecho común respecto de ordenamientos (como el laboral) que han surgido justamente como reacción frente a la insuficiencia –cuantitativa y cualitativa- de las normas civiles*”, ignora el hecho histórico de que, precisamente el Derecho Civil actual, fue el que recogió, primero, y después llevó a los códigos y leyes positivas, las construcciones dogmáticas de las instituciones básicas del Ordenamiento jurídico, en el plano patrimonial. Y es que no se puede olvidar que tanto el Trabajador como el Empresario, antes que ser “trabajador” y “empresario”, son personas, son sujetos de Derecho; son “ciudadanos”; son “cives”, sometidos al Derecho; un Derecho casi no necesitado de adjetivos... si no fuese porque junto a él aparecen un llamado Derecho “administrativo” y un denominado Derecho “penal”, que obligan a caracterizar al primero como “privado”, frente a estos otros dos, por su común aplicación a todos los “cives”; a todas las personas, incluso a las de Derecho público, cuando actúen “sine imperio”. Que esto es así, se demuestra con una simple lectura del conjunto de normas jurídicas que, en virtud del Real Decreto Legislativo nº 1/1995, de 24.03.1995, se han convertido y se han congregado y consolidado en un Texto refundido de Leyes, viene titulado –y definido- como el Texto refundido de **la Ley del Estatuto “de los Trabajadores”**; no de todos los ciudadanos o de todos los extranjeros que se vean sometidos al Ordenamiento jurídico español; no de todas las personas –físicas o jurídicas- sin distinción, no de todos los sujetos de derecho “*sic et simpliciter*”, sino **solamente “de los trabajadores”** (14). De hecho, el propio hecho de calificarse esa misma Ley como

¹⁴ Por el contrario, los preceptos que formal el Tít. Preliminar del Código civil español, que eluden cualquier referencia subjetivo personal, caracterizadora o especificadora de cualquier supuesta condición especial de los sujetos de Derecho. Así, p.e., si fijamos nuestra atención en los arts. 6º y 7º, CC., veremos que establecen que “[l]a ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento”. ¿Mas su ignorancia *por quién* y su cumplimiento *por quién*? También se nos dice –p.e.- que “[l]os actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención”, y que “[l]os actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la

ACDCT, VOL. VII (2015), ISSN: 1889-4224, PÁGS. 61-120 69

“*estatuto*”, ya sugiere la idea de limitación subjetiva; de especialidad, frente a una Ley que es común ⁽¹⁵⁾.

Situación parecida la plantea la existencia, frente al Código “civil”, de un Código “*de comercio*” [Cco./1885], cuyo propio **art. 1º** pone de manifiesto la **especialidad** subjetiva o, mejor dicho, **subjetivo-funcional** de las relaciones socioeconómicas que regula, y de las normas jurídicas de que se sirve para regularlas: “*Son comerciantes los que, teniendo capacidad para ejercer el comercio, se dedicaren a él habitualmente*” y también “*las compañías mercantiles e industriales...*”. Nuevamente, en claro contraste con el hecho de que el CC. venga dedicado a “*las personas*”, en general; “*pari passu*” con cualesquiera otros sujetos de derecho, el Cco./1885 se ocupa, únicamente, de los comerciantes y de los que describe como “*actos de comercio*” [art. 2º, Cco.]. De todos modos, obsérvese –como ya anticipé– esa diferencia de enfoque regulador, que se refleja en los títulos de las referidas disposiciones; mucho más **personalizado o personalista**, en el caso de la Ley laboral que –insisto– se denomina Estatuto “*de los trabajadores*” [“*Ius operariorum*”], mientras que, en el caso de la Ley mercantil, que se describe como Código “*de comercio*”, el enfoque –siendo institucionalmente subjetivo [“*Ius mercatorum*”]–, es **objetivo-funcional**, desde el punto de vista teleológico [“*Ius mercaturæ*”]; es decir: que, a través de las normas jurídico-mercantiles, el Ordenamiento jurídico español protege y tutela la actividad empresarial... más que al propio Sujeto-agente, protagonista de ella.

norma que se hubiere tratado de eludir”. Mas, en estas circunstancias, nuevamente nos vemos obligados a interrogarnos sobre: ¿de *quién* son o de *quién* proceden esos actos contrarios a las leyes imperativas o prohibitivas? ¿A *quién* se aplicarán las normas que los mismos, propios sujetos, tratan de eludir mediante actos, suyos, amparados por el texto de una norma, aplicada en fraude de ley? Y con ánimo de ser breve y conciso, cuando el art. 7º, CC. dispone que “[l]os derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe”, la primera interrogante o la primera cuestión que quien lee esa norma es: ¿a *quién* pertenecen esos derechos; a *quién* vienen atribuidos o reconocidos? ¿De *quién* se espera esa buena fe, en su ejercicio? Y la respuesta solamente puede ser, con carácter de regla general; de principio general, no sólo jurídico sino incluso lógico, que todas esas referencias deben ser interpretadas como a todo sujeto de Derecho que se integre en el Ordenamiento jurídico español, que es el primer concepto –con el de fuente– que aparece en el CC., ya en su mismísimo art. 1º. Y la conclusión o –mejor– la consecuencia lógica de todo ello es que el Lib. Iº, CC. venga dedicado a “*Las Personas*”, sin otra cualificación que su condición de nacionales o extranjeros, o su estado civil –solteros, casados, divorciados...–, para pasar a ocuparse, luego, de las Personas jurídicas, pero –insisto– “*pari passu*” de cualquier otro sujeto de derecho.

¹⁵ Y es que –de acuerdo con el Diccionario R.A.E.– la voz estatuto (Del lat. *statūtum*) posee cuatro acepciones, y en dos, si no tres, de ellas, subyace o está latente una referencia a la especialidad; al referirse dicho Estatuto a personas concretas y específicas, y no al común de los sujetos de derecho: 1. m. Establecimiento, regla que tiene fuerza de ley para el gobierno de un cuerpo. 3. m. Ley especial básica para el régimen autónomo de una región, dictada por el Estado de que forma parte. 4. m. *Der.* Régimen jurídico al cual están sometidas las personas o las cosas, en relación con la nacionalidad o el territorio

Por todo lo expuesto, también hay que considerar que lo que sucede es que, además de privado, el Derecho Civil posee la cualidad o la condición de ser **Derecho común** –“el” Derecho “Común”-, porque –inevitablemente; por razones de pura necesidad lógica- es el que regula el conjunto de las relaciones sociales –en este caso, “*inter privatos*”- de acuerdo con los principios y según las técnicas que inspiran el ordenamiento jurídico general ⁽¹⁶⁾.

En consecuencia, si admitimos que la razón de que existan Derechos “*especiales*”, como el Laboral o Derecho “*del Trabajo*”- fue “*la insuficiencia –cuantitativa y cualitativa- de las normas civiles*”, lo que esto significa –contrariamente a lo que han manifestado algunos autores, en punto a negar al Derecho Laboral, la cualidad de Derecho “*especial*”- no es que estemos ante nuevas ramas “*generales*” [decirlo, tan sólo, ya parece una “*contradictio in terminis*”], sino que lo único que supone es que esos “*Derechos especiales*” –que ese Derecho especial, que es el Derecho del Trabajo- se caracterizan como especiales por el hecho de que “*se apartan de la regla general y son relativos a clases especiales de personas, cosas y relaciones*”, aunque –en realidad- no basta con que tales Derechos especiales se refieran sólo a determinadas clases, sino que es preciso que **aparten a esas clases de la esfera de imperio de una ley general que, en sí misma considerada, también sería valedera para ellas, sometiéndolas a una disposición especial** ⁽¹⁷⁾, y la consecuencia de esta cualidad es que quedan autolimitados y sus insuficiencias o lagunas quedan cubiertos o suplidos por el Derecho común; razón por la cual –como veremos- respecto de la legislación laboral, el Derecho Civil constituye el Derecho *común* ⁽¹⁸⁾.

¹⁶ MANGARELLI,C.: “El Derecho Del Trabajo y su relación con el Derecho Civil”, en “*Revista Latinoamericana de Derecho Social*”, Núm. 7, julio-diciembre de 2008, p. 107, en <<http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoSocial/7/art/art5.pdf>>

¹⁷ ENNECERUS/NIPPERDEY.: “*Derecho civil (Parte General)*”, en ENNECERUS,L., KIPP,Th. y WOLFF.M.: “*Tratado de Derecho civil*”, octava revisión, trad. esp. de la 32ª ed. alemana, por B.Pérez González y J.Alguer, t. I, vol. 1º, 13º rev., trad. esp. de la 39º ed. alemana, edit. BOSCH, Barcelona, 1937, ps. 187 y s. Respecto del Derecho del Trabajo, vid. BORRAJO DACRUZ,E.: “*Introducción...*”, cit., 13ª ed., ps. 53 y ss., quien señala que “una cosa es la regulación jurídica del trabajo, y otra cosa es que esa regulación jurídica pueda erigirse frente al ordenamiento jurídico de ‘las demás’ relaciones sociales como un Derecho especial”, y aclara que –a tal efecto- que “*el Derecho especial es al que regula un haz de hechos o de relaciones sociales de acuerdo con unos principios y según las técnicas que si bien son distintos de los que caracterizan el ordenamiento jurídico aplicable a las demás relaciones sociales, se articulan entre sí sistemáticamente y valen como el ‘Derecho común’ de la específica realidad social sometida a su regulación*”. MARTÍN VALVERDE/RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ/GARCÍA MURCIA: “*Derecho del Trabajo*”, cit., 13ª ed., p. 55.

¹⁸ DE CASTRO y BRAVO,F.: “*Compendio de Derecho Civil. Introducción y Derecho de la Persona*”, reimp. de la 5ª ed. actualizada, impr. R.GARCÍA BLANCO, Madrid, 1970, p. 26.

Visto lo anterior, cabe señalar que el Derecho Laboral o del Trabajo no es el único Derecho “*especial*”, si se lo compara con el Derecho Civil: también es Derecho “*especial*”, respecto del Derecho Civil –y ya se ha señalado–, el **Derecho Mercantil** –y, concretamente, son especiales el Derecho mercantil de obligaciones y contratos, y el Derecho mercantil de sociedades–, porque también el Derecho Mercantil es, básicamente, Derecho privado patrimonial, aunque especial... separado –pero no aislado– del Derecho civil. Es **privado**, porque –una vez más– los contratos mercantiles son negocios jurídicos celebrados entre particulares que ni actúan como portadores de intereses generales, sino particulares, ni se hallan dotados de potestades exorbitantes; de “*imperium*”. Y las propias **compañías** mercantiles e industriales son **personas jurídicas de Derecho privado**, que no forman parte ni de la Administración General del Estado, ni de las Administraciones Autonómicas, ni de las Corporaciones Locales; no forman parte de ellas, insisto, ni siquiera aquellas sociedades de capital cuyas acciones o participaciones sociales se encuentran “en mano pública”, incluso aunque puedan verse afectadas –parcialmente– por algunas disposiciones del Derecho administrativo. Es más; en este sentido, un contrato mercantil de constitución de una sociedad es un contrato privado, que se somete al Derecho privado, pero, cuando se trata de la constitución de sociedades de capital dotadas de personalidad jurídica, nos encontramos –nuevamente– en presencia de otro contrato normado; de otro contrato sometido a importantes limitaciones legales de la autonomía privada, porque el Derecho mercantil de sociedades es Derecho privado *especial*, inspirado por el deseo de tutelar los intereses de los terceros acreedores sociales y de los propios socios, más que –propriadamente– el de las sociedades mismas [De nuevo predomina –desde el punto de vista teleológico o finalista– la tutela de la “*mercatura*”; la protección “*des Handels*” o de la “*Handelsgewerbe*”, sobre una hipotética protección de los intereses del “*mercator*” o “*Kaufmann*”].

Configurados así el Derecho Laboral y el Derecho mercantil, sus relaciones con el Derecho civil son muy estrechas, puesto que ambos representan dos grandes, de las tres grandes ramas del común tronco que se denomina Derecho privado. Sin duda el Derecho mercantil representa una rama autónoma respecto del civil, no sólo porque integra materias que nunca podrán quedar dentro del ámbito del Derecho Civil, sino sobre todo porque el Derecho mercantil no consiste sólo en una acumulación inorgánica de preceptos aislados excepcionales, respecto de las normas comunes, ni un simple capítulo en la sistemática general del Derecho civil (¹⁹). Y si esto es así, en el caso del Derecho mercantil... con mayor razón sucede en el caso del Derecho

¹⁹ VICENTE Y GELLA, A.: “*Introducción al Derecho mercantil comparado*”, edit. LABOR, Barcelona/Bs.Aires, p. 15, quien señala que la esencia de la especialidad y autonomía del Derecho mercantil se encuentra –precisamente– en la existencia de una regulación por partida doble de instituciones comunes a ambas ramas del Derecho privado: existen sociedades “*civiles*” y “*mercantiles*”; compraventas “*civiles*” y “*mercantiles*”, préstamos, depósitos, mandatos... Se trata de instituciones que poseen una afinidad substancial incuestionable, bien que “*exigen... un desenvolvimiento institucional diferente*”.

Laboral o del Trabajo. Por este motivo, el análisis de la cuestión de las relaciones entre el Derecho del Trabajo y el Derecho Civil debe partir de la consideración del Derecho del Trabajo como un Derecho especial ⁽²⁰⁾: El Derecho del Trabajo es un Derecho nuevo o “*un Derecho de nuestro tiempo*”.

Pues bien; hay que tener en cuenta que el Derecho Común, por su propia pretensión de generalidad, establece y proporciona unas reglas que, salvo las lógicas desviaciones impuestas por la especialidad de los Derechos especiales, tienen fuerza expansiva, pues no se trata de normas “*contra tenorem rationis*” ⁽²¹⁾, sino todo lo contrario: “*secundum tenorem rationis*”. Por este motivo, si partimos de la premisa de que Derecho Laboral y Derecho Mercantil son dos Derechos especiales, por contraposición al Derecho Civil... que juega el papel de Derecho Común, es evidente como lógico corolario de lo expuesto, que –dentro de ciertos límites- ese Derecho Común –civil- proporcionaría **una base institucional compartida entre Derecho Laboral y Derecho Mercantil**; una base común que, por ser común, eliminaría o reduciría –en mayor o menor medida- el riesgo de potencial conflicto entre ambos, y que permitiría conocer, exponer y regular de forma adecuada ciertas situaciones y relaciones jurídicas –digamos- fronterizas entre uno y otro, si no híbridas o mixtas de ambos. Por otra parte, hay que tener en cuenta que Derecho laboral y Derecho Mercantil son dos agregados normativos de claro **sentido tuitivo**: en primer término, es obvio que el Derecho Laboral protege institucionalmente al Trabajador, frente al Empresario, no solamente porque –en el contexto de la relación jurídica que los une [la relación laboral]- el Trabajador aparece siempre, constitutivamente o de forma congénita, como la parte contratante débil, sino –además- porque esta relación es, para el Trabajador, **un elemento fundamental de procura existencial**: el Trabajador –en principio- vive de su trabajo.

Bien, pero **¿a quién protege el Derecho mercantil y por qué?** La respuesta es que protege a todos aquellos a los que puede afectar [negativamente] la insolvencia –y, en general, el ejercicio de la empresa- del Empresario: sus proveedores y financiadores, los clientes –sean o no consumidores- que esperan

²⁰ MARTÍN VALVERDE/RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ/GARCÍA MURCIA: “*Derecho del Trabajo*”, cit., 13ª ed., p. 55. MANGARELLI, C.: “El Derecho del Trabajo y su relación ...”, cit., p. 107, en <<http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoSocial/7/art/art5.pdf>>

²¹ En cuyo caso habría que hablar, no de Derecho especial, sino de *Derecho excepcional*, que es todo aquel que regula un hecho o unas relaciones sociales de acuerdo con unos principios o según unas técnicas que representan una desviación o una contradicción con los que inspiran el ordenamiento jurídico general común. Si las reglas del Derecho común, por su pretensión de generalidad, tienen fuerza expansiva: admiten la interpretación extensiva, incluso, la analogía, mientras que las reglas del Derecho excepcional, por ser “*contra tenorem rationis*”, están limitadas en su alcance y no deben ser desarrolladas al aplicarse [MANGARELLI, C.: “El Derecho del Trabajo y su relación ...”, cit., p. 107, en <<http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoSocial/7/art/art5.pdf>>].

obtener de los empresarios y comerciantes, bienes o servicios... y también, a los trabajadores del empresario. Pero, aquí, el factor de la “*inequality of bargaining power*” no juega del mismo modo que en Derecho Laboral, porque –en este caso- el problema solamente afecta a una categoría muy especial de sujetos: los **consumidores** [en el caso de los trabajadores, el problema ya no compete al Derecho Mercantil, sino –precisamente- al Derecho del Trabajo]... y a aquellos financiadores o proveedores que pueden equipararse a los consumidores: los **inversores no especializados**, los **pequeños ahorradores** [depositantes bancarios; asegurados, tomadores de seguro y –de rebote- los beneficiarios de los seguros]. En realidad, el fundamento de la protección que depara el Derecho Mercantil a quienes no son consumidores, sino otros empresarios, no se encuentra en el factor de la “*inequality of bargaining power*”, sino en dos aspectos o circunstancias –a su vez, estrechamente relacionadas- que rodean a la actividad empresarial: riesgo de la **clientela** ⁽²²⁾ y el riesgo de la **solvencia propia** ⁽²³⁾, estrechamente vinculado al anterior-, y que **afecta igualmente a**

²² Raíz del sistema de Libre competencia. Vid. FONT GALÁN, J.I.: “*La Libre Competencia en la Comunidad Europea*”, edit. PUBLICACIONES DEL REAL COLEGIO DE ESPAÑA, Bolonia, 1986, p. 26. GARCÍA CACHAFEIRO, F.: “Capítulo I. Fundamentos del Derecho de la Libre Competencia”, en VV.AA.: “*Derecho de la Libre Competencia, Comunitario y Español*”, coord. Por M^a.P. Bello Martín-Crespo y F. Hernández Rodríguez, edit. THOMSON-ARANZADI, S.A., Cizur Menor (Navarra), 2009, p. 38. En efecto; para muchos autores, el aspecto de la libertad de decisión y de actuación de los diversos concurrentes -empresarios y usuarios- es absolutamente esencial y constituiría el objeto principal de las disposiciones sobre proscripción de las prácticas restrictivas de la Competencia, entendiendo por esta última el “*afán o esfuerzo autónomo*” [“*selbständige Streben*”] desarrollado por los empresarios, oferentes o demandantes, recíprocamente capaces de influir en el proceso económico, en la actividad negocial por medio de la manifestación publicitaria de la superioridad para el cliente de sus condiciones económicas. Así: COMMICHAU, G. y SCHWARTZ, H.: “*Grundzüge des Kartellrechts*”, edit. C.H. BECK’SCHER VERLAGSBUCHHANDLUNG, Munich, 1981, p. 1. IMMENGA, U.: Comentario al Artículo 1º GWB., en IMMENGA, U., MESTMÄCKER, E.-J. y otros.: “*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB). Kommentar zum Kartellgesetz*”, edit. C.H. BECK’SCHER VERLAGSBUCHHANDLUNG, Munich, 1981, p. 104. BAUMBACH, A. y HEFERMEHL, W.: “*Wettbewerbsrecht. Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Zugabeverordnung, Rabattgesetz und Nebengesetze*”, edit. C.H. BECK’SCHER VERLAGSBUCHHANDLUNG, 15ª ed. actualizada, Munich, 1988, p. 30, quienes aluden a la actividad de empresas independientes [“*selbständiger Unternehmen*”].

²³ ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A.J.: “Capítulo 3º, El Empresario (i). Concepto. Clases y responsabilidades”, en VV.AA.: “*Curso de Derecho Mercantil. Estudio colectivo*”, dir. por R. Uría González y A. Menéndez Menéndez, coord. por M^a. L. Aparicio, t. I, “*Empresario. Establecimiento mercantil y actividad empresarial. Derecho de la Competencia y de la Propiedad Industrial e Intelectual. Derecho de sociedades*”, “Primera Parte. Empresario, Establecimiento mercantil y actividad empresarial”, edit. THOMSON-CIVITAS/ARANZADI, S.A., 2ª ed., Cizur Menor (Navarra), 2006, p. 70, identificando el Riesgo de Empresa con “*el riesgo de que los costes de la actividad sean superiores a los ingresos que se obtengan de la misma*”. GUYON, Y.: “*Droit des affaires*”, t. II, “*Entreprises en difficultés – Redressement judiciaire - Faillite*”, edit. ECONOMICA, París, 1987, p. 5, quien señala que por desgracia “*es muy habitual que una empresa atraviese por dificultades económicas*”. Por su parte, JOBARD, J.-P.: “*Gérer l’Entreprise en difficulté*”, en VV.AA. [F.I.E.D.A.]: “*La survie des entreprises privées en difficulté. Colloque de la Fondation internationale pour l’enseignement du Droit des affaires*”, coedit. Por WILSON & LAFLEUR/ÉDITIONS SOREJ, Montreal, 1982, p. 7, señala que «*la Empresa en dificultades económico-financieras es una empresa que no ha sabido adaptarse a las evoluciones, cuyas estructuras financieras se hallan más o menos desequilibradas y que ha perdido, o*

sus acreedores, que pueden perder sus créditos si el Empresario no puede hacer frente a los mismos. De este modo y en este aspecto, el que el Derecho Mercantil revela su **potencial virtualidad “social”**; es decir: su potencial eficacia protectora de los trabajadores. Por consiguiente, existen algunas importantes concomitancias entre Derecho Laboral y Derecho Mercantil, en la medida en que ambos son ramas *especiales* del Derecho privado patrimonial... y ambos, aunque en diversa medida y con diferentes técnicas, *coinciden* en la *protección del Trabajador*.

Dada la común –o, cuando menos, paralela- finalidad tuitiva del Derecho Laboral y del Derecho Mercantil, no puede sorprender que ambos se aparten del Derecho civil o común, al regular sendos haces de hechos o relaciones sociales –aquellas en que intervienen empresarios y trabajadores, o bien aquellas en que intervienen empresarios... cualesquiera que sean las cualidades subjetivas de sus contrapartes [siempre que no se trate de Administraciones públicas “*cum potestate*”]- **de acuerdo con unos principios y según las técnicas que, si bien son distintos de los que caracterizan el ordenamiento jurídico aplicable a las demás relaciones sociales, se articulan entre sí sistemáticamente, y valen como el Derecho “común”** –dicho sea ésto, en términos necesariamente relativos- **de la específica realidad social sometida a su regulación.**

El Derecho Laboral protege al Trabajador con sus técnicas propias: convirtiendo el viejo Contrato de Arrendamiento de Servicios, civil o mercantil, presidido por una amplia autonomía de la voluntad... en un Contrato de Trabajo, **normado**; un contrato cuyo régimen está **impregnado de limitaciones a la autonomía privada**, sin que tales limitaciones lo transformen en una institución de Derecho público; estableciendo un sistema previsional de Seguridad Social, con una Jurisdicción especial –la Jurisdicción Laboral, distinta de la Civil-... Por su parte, el Derecho Mercantil protege –también- al Trabajador, pero lo hace **de forma indirecta o mediata**: a través de las normas del “*status*” del Empresario; especialmente, a través de las normas del Derecho mercantil Contable, y de las normas sobre el Concurso. Mas, como la protección que depara el Derecho Mercantil a los trabajadores es indirecta y mediata... no siempre se aprecia, y –en consecuencia- parece que no existe, o –en caso contrario- no se le reconoce ese mérito al Derecho Mercantil, sino que se atribuye a otras ramas del Ordenamiento, incluyendo el propio Derecho del Trabajo. Y esta es una razón –entre otras- por la que el Derecho Mercantil cedió históricamente en su preocupación por el Contrato de Trabajo –o se vió despojado de ella-, de modo que esta última acabaría en las manos de esa nueva rama especial del Derecho, que se denominaría –primero- “*Derecho Social*”, para terminar convertida en el Derecho Laboral o Derecho del

está a punto de perder, su independencia financiera y su autonomía de decisión»; razón por la que ha de enfrentarse a la sanción por una mala gestión.

Trabajo. Es en este sentido o para poner de manifiesto esta situación, por lo que – en su momento- señalé que el primer Derecho “*del Trabajo*”; **un primer Derecho “proto-laboral” surgió dentro de la legislación mercantil**; que antes de que tuviera lugar una proliferación de disposiciones y normas jurídico-laborales que alcanzaron una “masa crítica” suficiente para dar nacimiento a una nueva rama del Ordenamiento jurídico –denominada Derecho Social, Derecho del Trabajo o Derecho Laboral-, cuando los trabajadores no disponían de otra fuente de regulación aplicable, que las normas del Código Civil, en materia de arrendamientos de servicios, y una Ley de 1873, sobre trabajo de los menores..., era el **Código de comercio de 22.08.1885**, el que protegía a los colaboradores o auxiliares dependientes del Comerciante y a los colaboradores dependientes –terrestres o embarcados- del Naviero. Si todo hubiera seguido así, bien podría haber llegado a suceder que no naciera el Derecho del Trabajo, y que el Derecho Mercantil se hubiese transformado, de forma absoluta, en un Derecho “*de la Empresa*”, regulador tanto de su dimensión externa –las relaciones con proveedores, financiadores y clientes del empresario o comerciante-, como de su dimensión interna: relaciones del Empresario, con sus trabajadores, y que –así- el Arrendamiento de servicios se hubiera convertido en un contrato “*mercantil*”, en el sentido de reconocerse como un contrato “*de empresa*”. Pero resulta que los principios que inspiraban el Derecho Mercantil, en materia de contratación, eran principios individualistas y no principios sociales: la autonomía de la voluntad del Derecho civil, basada en la igualdad de las partes contratantes, se extendía –asimismo- al Derecho mercantil, pero –en cambio- no podía ser aplicada a las relaciones de trabajo subordinadas, en las que no aparece la referida igualdad ⁽²⁴⁾, y esta circunstancia –la percepción de este fenómeno- hizo precisa la aparición de un “*nuevo Derecho*” [con esta expresión se enfatizaría su condición de nueva rama del Ordenamiento jurídico] y de un “*Derecho nuevo*” [con esta expresión se enfatizaría la especialidad teleológica-institucional de sus normas y sus principios], que estableciera sistemas de mecanismos protectores del trabajador que limitan su autonomía negocial, teniendo en cuenta la situación de desigualdad en la que se encuentra respecto del empleador.

Es en el año **1926**, cuando cabe afirmar –sin lugar a dudas- que se consolida, verdaderamente, esta nueva rama del Derecho privado, que es el Derecho del Trabajo, cuya manifestación más evidente es la promulgación del **Código del Trabajo**, aprobado por **Real Decreto-Ley de 23.08.1926**, y –por cierto- incluso de una serie de referencias a la Empresa ⁽²⁵⁾, el Empresario, las

²⁴ MANGARELLI,C.: “El Derecho del Trabajo y su relación ...”, cit., p. 107.

²⁵ Ya su art. 2º preliminar disponía que un ejemplar de dicho Código se colocaría, “*en sitio visible, en toda clase de fábricas, industrias, Empresas o trabajos a que [fuese] aplicable*”. Por su parte, el art. 141 disponía que se consideraría “patrono” al “*particular o Compañía propietario de la obra, explotación o industria donde el trabajo se prest[as]e. Estando contratada la ejecución o explotación de la obra o industria, se considerar[ía] como patrono al contratista, subsistiendo*

distintas actividades económicas etc., que habría causado la envidia de cualquier mercantilista. En ese mismo momento, surgió el Derecho del Trabajo; se “*separó del claustro materno*”, no tanto del Código civil, cuanto del Código de comercio, superando al Derecho Mercantil en el plano de la regulación de unas relaciones típicamente de empresa, como son las relaciones de trabajo asalariado. Y lo hizo – es decir: superó al Derecho Mercantil- **porque para el Derecho Laboral es más importante -desde el punto de vista conceptual y desde el punto de vista institucional o teleológico- la figura del “Trabajador”, que la del “Empresario”** –aunque conceptualmente la importancia de ambos sea la misma, ya que difícilmente podrá haber el Primero, sin el Segundo-. Y el Derecho Laboral superó al Derecho Mercantil en la regulación de las relaciones de trabajo asalariado hasta el punto de *no precisar*, ya, del “*Empresario*”, definido en sentido estricto, pues es obvio que el Derecho *del Trabajo* ha definido al Empresario más como *parte contratante, dialécticamente opuesta al Trabajador*, que –propiamente- como

siempre la responsabilidad subsidiaria de la obra o industria...”, lo cual era fundamental, a los efectos de la interpretación del art. 145, párr. 1º, que declaraba al “patrono” ser “responsable de los accidentes, según se defin[ían] en el artículo 140, ocurridos a sus operarios, a menos que el accidente [fuese] debido a fuerza mayor extraña al trabajo en que se produzca el accidente”, y especialmente claro, amplio y moderno –respecto del Cco./1885-, en cuanto a su visión netamente empresarial, era el art. 146, Cod.Trab./1926, que establecía que “[l]as industrias o trabajos que [darían] lugar a responsabilidad del patrono ser[ía]n: 1.º Las fábricas y talleres y los establecimientos industriales. 2.º Las minas, salinas y canteras. 3.º La construcción, reparación y conservación de edificios, comprendiendo los trabajos de albañilería y todos sus anejos, carpintería, cerrajería, corte de piedra, pinturas, etc. 4.º La construcción, reparación y conservación de vías férreas, puentes, caminos, canales, diques, acueductos, alcantarillas, vías urbanas y otros trabajos similares. 5.º Las explotaciones agrícolas forestales y pecuarias, siempre que se encuentren en cualquiera de los siguientes casos y no sean objeto de una Ley especial: a) Que empleen constantemente más de seis obreros; b) que hagan uso de máquinas agrícolas movidas por motores inanimados. En este último caso, la responsabilidad del patrono existirá respecto del personal ocupado en la dirección o al servicio de los motores o máquinas y de los obreros que fuesen víctimas del accidente ocurrido en las mismas; 6.º El acarreo y transporte de personas y mercancías por vía terrestre, marítima y de navegación interior, y, la pesca. En el transporte marítimo, se entenderán comprendidas las personas que formen la dotación en los buques. 7.º Los trabajos de limpieza de calles, pozos negros y alcantarillas. 8.º Los teatros, con respecto a su personal obrero. También tendrá derecho el personal artístico y administrativo, siempre que sus haberes no excedan de 15 pesetas diarias. En todo caso, las indemnizaciones deberán computarse teniendo en cuenta la ganancia media anual de los interesados. 9.º Los Cuerpos de bomberos. 10. Los trabajos de colocación, reparación y desmonte de conductores eléctricos y de pararrayos, y la colocación y conservación de redes telegráficas y telefónicas. 11. Todo el personal encargado de las faenas de carga y descarga. 12. Los establecimientos mercantiles, respecto de sus dependientes, mancebos y viajantes. 13. Los hospitales, manicomios, hospicios y establecimientos análogos, con respecto a su personal asalariado, por los accidentes que sufra en el desempeño de sus funciones. 14. Las oficinas o dependencias de fábricas o explotaciones industriales, comprendidas en cualquiera de los números anteriores, con respecto a los empleados que tengan un sueldo menor de 5.000 pesetas anuales, cuando éstos fuesen víctimas de un accidente ocurrido en dichas fábricas, talleres o explotaciones, como consecuencia de los trabajos que de ordinario se ejecutan en los mismos”; un precepto –pues- que suscitaría la envidia de cualquier mercantilista empeñado en elaborar un nuevo código de comercio; empeño que –por lo demás- también se estaba tratando de conseguir, en los años 1926/1927.

agente económico que opera en el mercado de la producción de bienes y servicios. Por este motivo, el concepto “*laboral*” del Empresario, es más amplio que el concepto “*mercantil*”, a diferencia –tal vez- de lo que habría sucedido con el Cod.Trab./1926.

Derecho Laboral y Derecho mercantil son Derechos especiales, respecto del Derecho civil, mientras que entre ellos mismos media una relación, que no puede calificarse como de general a especial; no es el uno, el Derecho Común del otro no es uno la regulación especial, que se aparta de la regulación general, representada por la otra rama. Y no puede ser así... porque el Derecho Laboral es, históricamente, una rama que **se segregó por completo del Derecho Mercantil**; entre Derecho Laboral y Derecho mercantil existe la misma relación que existe entre la rama que se cercena del tronco, y el tronco del que fue arrancada... y no la que existe entre la rama que nace del tronco y vive de él y con él –que es la que vincula al uno y al otro, con el Derecho Civil-, porque comparten los mismos vasos leñosos y la misma savia. El Derecho del Trabajo es el **Derecho “social” del trabajo**, y en cuanto Derecho *social*, es un Derecho **especial**, pues sus **principios** – que los tiene, comenzando por el Principio “*pro operario*”- son **distintos** de los que inspiran o inspiraban el ordenamiento jurídico tradicional, que son los principios individualistas y no los principios sociales ⁽²⁶⁾. En este sentido, KROTOSCHIN afirma que el Derecho del Trabajo es un Derecho especial, por lo que “*deroga el Derecho común en todo lo que sea contrario a sus principios y normas positivas* [‘*lex specialis derogat generali*’]” ⁽²⁷⁾. Las normas especiales que integran el Derecho del Trabajo, tienden a formar un todo orgánico y, por ese motivo, poseen también ellas una propia fuerza expansiva, de modo que, cuando en ellas se aprecia la existencia de una laguna, en vez de acudir a las normas y principios del ordenamiento jurídico general, tal vacío se suple invocando los principios del propio ordenamiento parcial o singular ⁽²⁸⁾. Pero **¿hasta donde llega esta autonomía? ¿Son el Derecho del Trabajo y el Derecho Mercantil dos ramas del ordenamiento absolutamente independientes -más aún, extravagantes-, respecto del Derecho civil... e incluso respectivamente extravagantes e incompatibles, la una respecto de la otra?** ⁽²⁹⁾.

²⁶ El trabajador profesional estuvo durante siglos sometido a una regulación inspirada en los principios y desarrollada según las técnicas comunes a la regulación general de la comunidad social: en cualquier país y edad se encuentra un régimen jurídico del trabajador profesional. La especialización aparece cuando la aplicación de la norma de Derecho común, que debía garantizar la paz social en el orden laboral, dio lugar a un problema tan grave que ha pasado a la Historia como la cuestión social por antonomasia: la cuestión obrera [MANGARELLI,C.: “El Derecho del Trabajo y su relación ...”, cit., p. 106: El Derecho del trabajo surge a raíz de las insuficiencias Del derecho civil para contemplar la situación de los trabajadores dependientes].

²⁷ MANGARELLI,C.: “El Derecho del Trabajo y su relación ...”, cit., p. 107.

²⁸ MANGARELLI,C.: “El Derecho del Trabajo y su relación ...”, cit., p. 107.

²⁹ Como pretendieron el alemán GOLDSCHMIDT y el italiano VIDARI, a quienes luego seguirían -como dice LANGLE RUBIO,E.: “*Manual...*”, cit., t. I, p. 61- una legión de jurisconsultos de ACDCT, VOL. VII (2015), ISSN: 1889-4224, PÁGS. 61-120

Ante todo, es preciso tener bien presente que, de la condición de Derecho “*especial*” debe **distinguirse** cuidadosamente la calificación o la noción –más antiguas y de mayor enjundia- de y como Derecho “*excepcional*”; noción que toma como punto de referencia la “*ratio iuris*” de las normas. En este sentido, el Derecho Común es Derecho *normal*; Derecho *regular*; Derecho que se ajusta a la norma o a principios que son generales, regulando una materia –la que sea, especial o general- sobre la base de **principios organizativos generales** ⁽³⁰⁾, mientras que el Derecho excepcional [“*ius singulare*”] es aquél **cuyo principio organizador se considera carente de una justificación de carácter general**, existiendo o dictándose en atención a **alguna conveniencia coyuntural** ⁽³¹⁾.

¿Es el Derecho Mercantil, un Derecho “excepcional”? ¿Lo es el Derecho Laboral? En mi opinión, el primero –el Derecho Mercantil- claramente **no lo es**, porque –insisto- aunque considerada la cuestión desde la perspectiva de su origen histórico, pudiera parecer que sí, en la medida en que un supuesto paradigmático de Derecho excepcional y privilegiado, sería el que supusiera una concesión en beneficio de una determinada *persona o clase* ⁽³²⁾, lo cierto es que **sus normas no van “contra tenorem rationis” de las del Derecho civil, en las mismas materias**; de hecho, su apartamiento o sus especialidades –con ser importantes y numerosas- lo son más bien en un sentido cuantitativo, que cualitativo, hasta el punto de que suele hablarse de un movimiento de reforma normativa dirigido a la Unificación del Derecho patrimonial privado, civil y mercantil. Y es que no cabe olvidar que, precisamente a partir de la Codificación decimonónica; sobre todo de la más avanzada, el criterio acotador de la mercantilidad, deja de ser el de la “*clase*”, para pasar a ser **el de la actividad o la organización de la actividad**; una actividad desarrollada en forma de organización económica, que –además- el Estado Constitucional ha declarado **abierta a todos los ciudadanos [art. 38, Const.Esp.]**.

Por su parte, el Derecho Laboral parece *sí* apartarse en mayor medida del Derecho Civil, precisamente porque **su cualidad “social” contradice el individualismo iuscivilista. Sin embargo**, ni siquiera esta cualidad tan esencial del

todos los países.

³⁰ DE CASTRO y BRAVO,F.: “*Compendio...*”, reimp. de la 5ª ed. act., p. 27.

³¹ DE CASTRO y BRAVO,F.: “*Compendio...*”, reimp. de la 5ª ed. act., p. 27. Respecto del Derecho del Trabajo, BORRAJO DACRUZ,E.: “*Introducción...*”, cit., 13ª ed., p. 54, señala que “*el Derecho excepcional es el que regula un hecho o unas relaciones sociales de acuerdo con unos principios o según una técnicas que representan una ‘desviación’ o una ‘contradicción’ con los que inspiran el ordenamiento jurídico general común*”.

³² DE CASTRO y BRAVO,F.: “*Compendio...*”, reimp. de la 5ª ed. act., p. 27, quien alude –igualmente- a la concesión de un privilegio en función del lugar.

Derecho Laboral da lugar a **ninguna –supuesta- “ruptura” con el resto del Derecho privado** ⁽³³⁾; razón por la cual el Derecho del Trabajo tampoco puede pretenderse absolutamente autónomo y desvinculado de otras ramas del Ordenamiento; concretamente, del Derecho civil, aunque –en realidad- ni siquiera del Derecho mercantil, ya que el Derecho del Trabajo no puede dar solución a todas las situaciones jurídicas que se presenten en dicho ámbito, por lo que —teniendo en cuenta la unidad del orden jurídico— en caso de lagunas en las normas laborales será necesario recurrir al Derecho civil (o a otras ramas del Derecho) para colmar dichos vacíos ⁽³⁴⁾. En consecuencia de todo lo expuesto, la aludida “autonomía” no es, ni puede ser, científica, pues los conceptos básicos son compartidos, en cuanto comunes al Derecho privado. De hecho, no se podría afirmar de ninguna rama del Ordenamiento jurídico que, desde la perspectiva de su dimensión científica, pueda ser **independiente de los conceptos y la metodología generales de cualquier otra disciplina científico-jurídica**. Y concretamente esto mismo hay que predicarlo del Derecho Laboral, que incluso en el plano normativo y ordinamental ocasionalmente ha de abrirse a la aplicación de normas civiles, y –por qué no- incluso hasta mercantiles.

Ahora bien; **la aplicación de normas civiles –o mercantiles- en la disciplina laboral se realizará sólo ante un vacío en la norma laboral y siempre que el concepto civil o mercantil que se pretende aplicar no vulneren normas, conceptos o principios inderogables del Derecho del Trabajo**. Así se respetan los particularismos del Derecho laboral [o su autonomía, según la posición que se sostenga] ⁽³⁵⁾. Así las cosas; **¿cómo ordenar las relaciones de convergencia –e incluso de potencial conflicto-, no entre Derecho Común y Derecho especial... sino entre dos Derechos o agregados normativos “especiales”, cuando los elementos convergentes parecen conducir a soluciones contradictorias?**

III. PUNTOS DE CONTACTO, INTERFERENCIAS Y TRANSVASE DE INSTITUCIONES, ENTRE DERECHO MERCANTIL Y DERECHO LABORAL

1. Puntos de contacto e interferencias entre Derecho Mercantil y Derecho Laboral

³³ MARTÍN VALVERDE/RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ/GARCÍA MURCIA: “Derecho del Trabajo”, cit., 13ª ed., p. 55.

³⁴ DE BUEN,N.: “Derecho del trabajo”, 3ª. ed., México, 1979, t. I, n. 42, p. 110, quien señala que, “(p)or muy desarrollada que esté una disciplina especial, nunca podrá colmar la totalidad de los problemas de sus sujetos, de sus actos y de sus normas, los que necesariamente estarán subordinados en última instancia a reglas del Derecho común”. MARTÍN VALVERDE/RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ/GARCÍA MURCIA: “Derecho del Trabajo”, cit., 13ª ed., p. 55. MANGARELLI,C.: “El Derecho Del Trabajo y su relación ...”, cit., p. 108.

³⁵ MANGARELLI,C.: “El Derecho Del Trabajo y su relación ...”, cit., p. 109.

Derecho Mercantil y Derecho Laboral comparten varios aspectos comunes: para empezar, una cosa que tienen en común Derecho Mercantil y Derecho Laboral es la coincidente importancia que, en uno y en otro, tienen las referencias a los conceptos de “*empresa*” y “*empresario*” [art. 1º, nº 1, TRETrab. y art. 1º, CCo./1885, aunque éste prefiere hablar de “*comerciantes*” y de “*compañías mercantiles e industriales*”]. Por otra parte, Derecho Mercantil y Derecho Laboral también comparten el **enorme peso** específico del régimen de los **contratos**: del Derecho mercantil se ha dicho, en alguna ocasión, que era una disciplina destinada a regular un conjunto de *obligaciones y contratos* especiales, distintos de los civiles; en definitiva un Derecho –especial, eso sí- de Obligaciones y contratos ⁽³⁶⁾. Mas, a fuer de sinceros, hay que reconocer si ciertos sectores del Ordenamiento positivo y de la Ciencia jurídica merecen que se les aplique el calificativo de Derechos “*de Obligaciones y Contratos*”, quizá el Derecho mercantil no sea el que más lo merece, porque existen otras ramas del Ordenamiento jurídico en las que el componente juscontractual cobra una importancia fundamental. Y, así, además del Derecho mercantil, una de esas otras ramas del Ordenamiento jurídico –seguramente- sería el **Derecho Laboral** o Derecho del Trabajo; agregado normativo, dotado de autonomía jurídico-sustantiva y procesal [existe una Jurisdicción Laboral], científica y docente, e inspirado por el Principio “*pro operario*”, que gira –precisamente- en torno a *un contrato*, ya que el núcleo de aquél se encuentra polarizado en torno al fenómeno socioeconómico y jurídico del trabajo remunerado por cuenta ajena, que se instrumenta a través de la figura del **Contrato de Trabajo** ⁽³⁷⁾.

³⁶ Especialmente evidente, en este sentido, es el criterio de BOLAFFIO, L.: “*Leyes y Usos comerciales. Actos de comercio*”, en BOLAFFIO, L., ROCCO, A. y VIVANTE, C.: “*Derecho comercial. Parte General*”, t. I, trad. por D. Viterbo de Frieder y S. Sentís Melendo, prólogo y notas de Derecho argentino por C. Viterbo, edit. EDIAR, SOCIEDAD ANÓNIMA, EDITORES, Bs. Aires, 1947, ps. 1 y ss., en esp. ps. 24 y 49.

³⁷ MARTÍN VALVERDE/RODRÍGUEZ-SAÑUDO/GARCÍA MURCIA: “*Derecho del Trabajo*”, cit., 13ª ed., ps. 57 y ss., quienes señalan que el Derecho del Trabajo siempre ha perseguido la finalidad de *proteger al trabajador* [finalidad *tuitiva*], si bien se han ido añadiendo otros objetivos, como la *finalidad compensadora*, derivada de la posición economicamente *asimétrica* que ocupan Trabajador y Empresario. Sobre la citada asimetría, vid. BORRAJO DACRÚZ, E.: “*Introducción al Derecho del Trabajo. Concepto e Historia del Derecho del Trabajo. La Empresa. El Sindicato. La Administración laboral nacional e internacional. Las Fuentes del Derecho del Trabajo. La aplicación del Derecho del Trabajo*”, edit. Tecnos, S.A., 13ª ed., Madrid, 2003, ps. 57 y 360, quien señala que –a diferencia de la Compraventa y el Arrendamiento de cosas- el que “alquila” su propio trabajo no puede separarse del objeto arrendado; él, que es el sujeto, entre como objeto en la relación arrendaticia. *No comparto el análisis jurídico... pero no puedo estar más de acuerdo con el sociológico*, que da en el riesgo de la “*alienación del trabajador, en cuenta trabajador*”. La consecuencia, en el plano de las Fuentes del Derecho es la implantación del Principio “*pro operario*”, de modo que las normas deben aplicarse –interpretarse y colmarse- a favor del trabajador. Así, las normas laborales estatales tienen el carácter de obligatorias mínimas, siendo *irrenunciables* los beneficios que concedan al Trabajador.

Desde luego, Derecho Mercantil y Derecho Laboral comparten –sobre todo y por antonomasia- un común interés por el fenómeno “*empresa*”, y –en cierto sentido- ambos, quizá de diverso modo, resultan especialmente sensibles al mundo de las **organizaciones**. Lo que sucede es que uno y el otro se han “*repartido*” o han dividido entre ambos, las materias socioeconómicas vinculadas con la Empresa, sobre las que cada uno proyecta su atención: se suele afirmar con razón –al menos, traicionalmente- que el Derecho mercantil no proyecta su interés sobre el **aspecto interno de la Empresa**, cuya regulación le corresponde al **Derecho del Trabajo**, ya que ese aspecto interno es el pertinente a las relaciones jurídico-laborales, que median entre el Empresario y sus trabajadores, y -además- que hay que tener en cuenta que la Empresa es el centro de convergencia de múltiples y muy diversos intereses, objeto -a su vez- de atención por el Derecho administrativo, el Derecho fiscal, o el Derecho penal, etc. ⁽³⁸⁾. Sin embargo; ya advertí que el interés por los conceptos de “*empresa*” y de “*empresario*”, por parte del Derecho Mercantil y del Derecho Laboral, puede ser común... pero no es simétrico, sino claramente **asimétrico**: en su interés por el *aspecto interno* de la Empresa; por la regulación de las relaciones de trabajo asalariado, el Derecho Laboral ha terminado por construirse, a sí mismo; por delimitar su ámbito de aplicación, sus principios y sus reglas, *sin precisar, ya, del Empresario*, en sentido estricto, pues -como dije anteriormente- el Derecho *del Trabajo* se fija en el Empresario más como *parte contratante, dialécticamente opuesta al Trabajador*, que –propriadamente- como agente económico que opera en el mercado de la producción de bienes y servicios. Por este motivo, el concepto “*laboral*” del Empresario, es más amplio que el concepto “*mercantil*”: es empresario, todo aquél que contrata a un trabajador,

³⁸ Sin duda, en su aspecto interno, y de organización del elemento personal -los empleados-; es decir: en su condición institucional, la Empresa no es objeto de la atención del Derecho mercantil, sino del Derecho laboral. BROSETA PONT,M.: “*La Empresa, la unificación del Derecho de obligaciones y el Derecho mercantil*”, edit. TECNOS,S.A, Madrid, 1965, p. 177. GARRIGUES DIAZ-CANABATE,J.: “Setenta y cinco años de Derecho mercantil”, en VV.AA.: “*Estudios de Derecho mercantil en homenaje al Profesor Antonio Polo*”, edit. EDITORIAL REVISTA DE DERECHO PRIVADO/EDITORIALES DE DERECHO REUNIDAS, Madrid, 1981, ps. 269 y ss., “Que es y que debe ser...”, cit., ps. 67 y ss., BRÜGGEMANN,D.: en VV.AA.: “*HGB. Großkommentar*”, dir. por H.Staub, edit. WALTER DE GRUYTER, 4ª ed. actualizada, t. I, Berlín/N.York, 1983, p s. 3 y ss. CAPELLE,K.H. y CANARIS,C.W.: “*Handelsrecht*”, edit. C.H.BECK'SCHE VERLAGSBUCHHANDLUNG, 20ª ed., reelaborada y ampliada, Munich, 1985, ps. 9 y s., entre otras.

Por otra parte, BROSETA PONT,M.: “*La Empresa...*”, cit., p. 147, señala que si bien se constata la “creciente importancia que la empresa adquiere para el Derecho mercantil”, en virtud de las transformaciones económicas modernas, ello no implica que aquélla sea el concepto o la esencia del Derecho mercantil actual, como lo demuestra el hecho de que la presencia de la Empresa es constante y uniforme en diversas disciplinas jurídicas. GONDRA ROMERO,J.Mª.: “*Derecho Mercantil*”, t. I, “*Introducción*”, edit. SERVICIO CENTRAL DE PUBLICACIONES DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD COMPLUTENSE, Madrid, 1992, ps. 55 y ss., quien señala que, en los Códigos de comercio del siglo XIX, quedan fuera del derecho mercantil “una serie de sectores económico-productivos...”.

creando –así– una relación jurídico-laboral, o –siquiera– todo aquel que recibe de un trabajador la prestación de trabajo, en los términos de la referida relación ⁽³⁹⁾.

En verdad, “*la relación jurídica más básica y esencial que [cabe] concebir entre trabajador y empresario*” es el Contrato de Trabajo ⁽⁴⁰⁾, como refleja el **art. 2º** de la **Ley nº 36/2011, de 10.10.2011, de la Jurisdicción Social** [L.Jur.Soc. o L.Jur.Soc./2011], cuando previene que los órganos jurisdiccionales del Orden Jurisdiccional Social “*conocerán de las cuestiones litigiosas que se promuevan: a) Entre empresarios y trabajadores como consecuencia del contrato de trabajo ... y en el ejercicio de los demás derechos y obligaciones en el ámbito de la relación de trabajo...*”.

Tanta importancia posee la institución del “*Contrato*”, en el Derecho Mercantil y en el Derecho Laboral, que en ambos sectores se producen fenómenos de aparición de **nuevas modalidades de contratos**, tanto **mercantiles** como **laborales**. Si acaso lo que sucede es que mientras el Derecho Mercantil –o “*en*” Derecho Mercantil– aparecen **nuevos “tipos”** contractuales, diversísimos y absolutamente independientes, los unos de los otros –“*swaps*”, “*forwards*”, contratos de asistencia técnica, de “*barter*” y comercio compensatorio, fletamentos atípicos [“*por viajes consecutivos*”, “*por volúmen*” o contrato de tonelaje, fletamentos por células o “*boxes*”]-, en Derecho Laboral se juega con **un único “tipo”** contractual –el **Contrato de Trabajo, como modalidad particular del Contrato de Arrendamiento de Servicios-**, pero con **numerosísimas variedades, en razón de las –muy numerosas y enormemente diversas- condiciones de prestación de los servicios, por los trabajadores**. Además, mientras que en Derecho Mercantil los nuevos “*tipos*”, diversísimos y absolutamente independientes, surgen como resultado de la **creatividad de los operadores**

³⁹ CAMPS RUIZ,L.M., RAMÍREZ MARTÍNEZ,J.M. y otros: “*Derecho del Trabajo*”, coord. por L.M.Camps Ruiz y J.M.Ramírez Martínez, edit. TIRANT LO BLANCH, 3ª ed., Valencia, 2013, ps. 127 y s., quienes señalan que el art. 1º, nº 2, TRETrab. Atribuye la condición de empresario a las personas físicas o jurídicas o comunidades de bienes que reciban la prestación laboral de un trabajador, llegando a la conclusión de que “*para el Derecho del Trabajo es irrelevante que el empresario laboral sea, al mismo tiempo, un empresario desde la perspectiva del Derecho mercantil*”. En el mismo sentido, GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN,I.: “*Manual de Derecho del Trabajo*”, edit. TIRANT LO BLANCH, 4ª ed., “*adaptado a la Ley 1/2014, de 28 de febrero y a los Reales- Decretos-leyes 16/2013, de 20 de diciembre, 3/2014, de 28 de febrero y 8/2014, de 4 de julio. Incorpora la STC. 16 de julio de 2014 sobre la reforma laboral (Ley 3/2012)*”, Valencia, 2013, p. 229. MARTÍN VALVERDE,A., RODRÍGUEZ-SAÑUDO,F. y GARCÍA MURCIA,J.: “*Derecho del Trabajo*”, edit. TECNOS,S.A., 22ª ed., Madrid, 2013, ps. 221 y ss., donde, además, manifiestan su preferencia por el concepto “*empleador*”, en vez de el concepto “*empresario*”.

⁴⁰ MARTÍN VALVERDE/RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ/GARCÍA MURCIA: “*Derecho del Trabajo*”, cit., 13ª ed., p. 459. MARTÍNEZ GIRÓN,J.: “Tema 12. La Celebración del Contrato de Trabajo”, en MARTÍNEZ GIRÓN,J., ARUFE VARELA,A y CARRIL VAZQUEZ,X.M.: “*Derecho del Trabajo*”, edit. NETBIBLO, 2004, p. 151.

económicos, en un contexto de autonomía privada y libertad de contratación, por lo que hace al Derecho Laboral, esas numerosísimas nuevas “*variedades*”, en razón de las –muy numerosas y enormemente diversas- condiciones de prestación de los servicios, por los trabajadores, aparecen como resultado de la **creatividad del Poder Público**, en el marco de decisiones de política social.

Mas, ante todo, el Derecho laboral y el Derecho mercantil, en su ámbito más apegado a la materia contractual, han experimentado ambos -aunque con diversa suerte- la propensión a la **creación privada o cuasiprivada de Derecho objetivo de estructura pacticia o convencional**: el Derecho *Mercantil* con las **condiciones generales** en los contratos de adhesión que –dicho sea de paso- constituyen un ejemplo –más tarde analizaré otros ejemplos- de flujo o de transferencia o migración de instituciones, entre el Derecho Laboral y el Derecho Mercantil, ya que probablemente una de sus primeras manifestaciones fueron los “*Tarifverträge*” alemanes del siglo XIX y principios del XX ⁽⁴¹⁾. Pero, a su vez, el Derecho *Laboral* ofrece su propio ejemplo de creación privada o cuasiprivada de Derecho objetivo de estructura pacticia; un ejemplo, verdaderamente excepcional, de poder normativo objetivo, reconocido a la voluntad negocial privada: los **convenios colectivos** –cuando menos, lo que se califican como “*estatutarios*”-, como fuente del Derecho.

Llama la atención que en ambos casos; respecto de ambos fenómenos, la primera reacción de la Doctrina jusmercantilista –o iuscivilista, que también se ha ocupado del fenómeno- y la de la Doctrina juslaboralista hayan sido la misma o muy parecida: el esfuerzo dogmático de formulación de teorías que describiesen y valorasen el fenómeno; teorías –asimismo- de los más diversos plumajes: teorías contractualistas, teorías objetivistas, normativistas o legalistas, e incluso algunas de carácter intermedio. Mas, con independencia de esto, lo cierto es que el **resultado** ha sido diferente, en uno y otro ámbito; de hecho, el resultado ha sido **inverso**, opuesto o contradictorio: el Derecho Mercantil *no ha logrado* que las condiciones generales se convirtieran en Derecho positivo *objetivo*, sino que –en todo caso- son materia contractual que precisa del consentimiento singular e individualizado de cada adherente ⁽⁴²⁾, mientras que en Derecho Laboral, es obvio que los convenios

⁴¹ Sobre la figura, me remito a las obras de BERG,P., PLATOW,H., SCHOOF,Chr. y UNTERHINNINGHOFEN,H.: “*Tarifvertrags- und Arbeitskampfrecht. Kompaktcommentar*”, edit. BUND-VERLAG, 3ª ed., Frankfurt am Main, 2010. KEMPEN,O.E. y ZACHERT,U.: “*Tarifvertragsgesetz*” edit. BUND-VERLAG, 4ª ed., Frankfurt am Main, 2006. NAUTZ,J.: “*Die Durchsetzung der Tarifautonomie in Westdeutschland. Das Tarifvertragsgesetz vom 9. April 1949*”, Frankfurt am Main 1985 y RENNEBERG,P.: “*Handbuch Tarifpolitik und Arbeitskampf*”, edit. VSA VERLAG, Hamburgo, 2011.

⁴² La Teoría de las fuentes del Derecho no ha reconocido en ningún momento a los empresarios la posibilidad de crear Derecho *objetivo* en el ámbito mercantil, pues de lo contrario se derrumbaría la estructura del Ordenamiento jurídico

colectivos estatutarios proporcionan una regulación abstracta y general, con una vocación de abstracción y generalidad idéntica a la de las normas jurídicas... con las que han sido equiparados legalmente ⁽⁴³⁾.

2. Transvase de instituciones entre Derecho Mercantil y Derecho Laboral

2.1. Instituciones organizativas

Con independencia de la problemática de la participación de los trabajadores, en los procesos de tomas de decisión de las empresas, vinculada con el fenómeno general de la “*Reforma de la Empresa*”, Derecho Mercantil y Derecho Laboral mantienen otro tipo de relación, frecuentemente menos percibida: me refiero a que uno y otro han estado unidos, entre otras cosas, por una suerte de “*vínculo recíproco de tráfico*”, consistente en que **ambos se proporcionaron mutuamente –y probablemente sigan haciéndolo en el futuro-, instituciones jurídicas que podríamos calificar como “*especies migratorias*”**; instituciones que –surgiendo en el ámbito de uno de ellos-, se trasladaban al ámbito del Otro, donde experimentaban mutaciones más o menos profundas: citaré, en primer término, el caso de lo que me atrevería a definir –acaso, con mayor fuerza evocadora, que precisión dogmática- como unas **verdaderas “*sociedades de Derecho laboral*”**; sociedades no mercantiles; sociedades cuyo régimen no lo proporciona el Derecho Mercantil... ni tampoco el Derecho Civil, sino el Derecho Laboral: me refiero a las llamadas –antaño- “*mútuas patronales de accidentes de trabajo*”, al tiempo que el Derecho Laboral de las Prestaciones de Previsión Social recibe el influjo indirecto de unas aseguradoras mercantiles, de estructura mutualística, las “*mutualidades de previsión social*”, que –a su vez- migraron del Derecho Laboral, al Derecho Mercantil; concretamente, al Derecho del Seguro privado, como modalidad específica especializada –exclusivamente- en la actividad aseguradora.

En efecto; cuando se promulgó el **Decreto de 09.03.1940, sobre Reglamento de la Inspección de Entidades aseguradoras de accidentes de trabajo e Instituciones de previsión**, que sometía a estas entidades a un régimen de inspección [jurídico-administrativa, propiamente], se encomendó esta función inspectora –y aquí viene lo importante- a un organismo incardinado, no en el

⁴³ MARTÍN VALVERDE/RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ/GARCÍA MURCIA: “*Derecho del Trabajo*”, cit., 22ª ed., ps. 359 y ss. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: “*Manual...*”, cit., 4ª ed., p. 104. CAMPS RUIZ/RAMÍREZ MARTÍNEZ: “*Derecho del Trabajo*”, cit., 3ª ed., ps. 82 y ss.

Ministerio de Hacienda o en el Ministerio de Comercio, **sino ¡en el Ministerio de Trabajo!** ⁽⁴⁴⁾: se trataba de la «**Sección de Montepíos y Mutualidades**», que fue creada por Orden de 04.12.1940 cuyo art. 3º le encomendaba el **Registro de Montepíos y Mutualidades** ⁽⁴⁵⁾. Este hecho tenía una causa y conllevaba una consecuencia: la primera tenía que ver con el intento del llamado “*Nuevo Estado*” de expandir prestaciones de carácter social o asistencia, en un momento en que sus recursos eran pobres. Por eso hubo de servirse del sistema de mutualidades y montepíos. Pero -y aquí está la consecuencia- ello significaba, en la práctica, separar a los montepíos y mutualidades del ámbito del Seguro privado, para llevarlos por la senda de la Previsión Social; es decir: de la -futura- **Seguridad Social**, porque sólo así se entiende el someter estas entidades al Ministerio de **Trabajo**, y no a un Ministerio “*económico*”, como el Ministerio de Hacienda. Al año siguiente, esta tendencia se agravó con la **Ley de 06.12.1941, de Mutualidades de Previsión social**, cuyo objeto era regular ese mencionado “*Seguro social de carácter privado*”, establecía el régimen jurídico de las mutualidades de previsión, dejándolas, deliberadamente, *fuera* del ámbito del Derecho del Seguro *privado*; es decir –en definitiva- fuera, también, del ámbito del Derecho Mercantil, siguiendo la línea comenzada o, mejor, consolidada en 1940. El **Reglamento de 26.05.194**, que desarrollaría la Ley de 1941, las sometió, sí, a una serie de controles y les impuso ciertos requisitos, pero seguían viviendo al margen de la ordenación y supervisión del Seguro privado, y –por tanto- también al margen del Derecho Mercantil. Tras dos décadas de buen funcionamiento, a principios de los años 1960, las mutualidades comenzaron a experimentar dificultades económicas, comenzando a manifestarse un **cambio** de orientación: la **Ley nº 193/1963, de 28.12.1963, de Bases de la Seguridad Social**, comenzó la reforma y sistematización del Seguro social público, que conduciría al sistema actual de la S.S., un sistema en el que algunas mutualidades, debilitadas según aumentaban sus pasivos, fueron absorbidas, mientras que el resto se vió desplazado -paulatinamente- al ámbito de la actividad aseguradora privada. Este fue el sentido de la **asunción de la regulación de las mutualidades de previsión social, por parte de la** –ha tiempo derogada- **Ley Nº 33/1984, de 02.08.1984, de Ordenación y supervisión de los Seguros privados** [LOSP./1984]. Su propia E.M. lo reflejó así:

“... *En cuanto al primer punto, la Ley pretende alcanzar estos objetivos:*

a) Normalizar el mercado dando a todas las entidades aseguradoras la posibilidad de participar en el mismo régimen

⁴⁴ HERRÁIZ,C.: “Las pensiones de las mutualidades...”, cit., p. 23, en <http://www.revistaindice.com/numero9/p22.pdf>

⁴⁵ HERRÁIZ,C.: “Las pensiones de las mutualidades...”, cit., p. 23, en <http://www.revistaindice.com/numero9/p22.pdf>

de absoluta concurrencia y sin tratamientos legales discriminatorios.

En este sentido es necesario incluir en la nueva regulación a las entidades de previsión social, en su día acogidas a la Ley de 6 de diciembre de 1941, con el fin de someterlas al mismo control de solvencia que a las restantes sociedades aseguradoras, suprimiendo las distintas jurisdicciones administrativas a las que ahora están sometidas e integrándolas a estos efectos, con carácter unitario, en la específicamente dedicada al control de seguros...”

Se puede decir más alto, pero no más claro. De esta forma, el paulatino aumento de la protección social dispensada por el Estado, motivó el descenso del peso específico del **mutualismo** en el sistema **de previsión social, al que** por ende **las sucesivas Leyes de ordenación del Seguro privado** de 1984, 1995 y -ahora-2004, **desposeyeron de dos elementos** característicos: la **obligatoriedad** y el sistema financiero de **reparto**. Por fin; desaparecido el Registro de los Montepíos y Mutualidades del Ministerio de Trabajo, las mutualidades de previsión social fueron incorporadas, plenamente, al ámbito del Derecho del Seguro privado.

Mas, paralelamente, las –hasta hace poco- denominadas “*mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social*”, que hoy –promulgada la nueva **Ley nº 35/2014, de 26.12.2014, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social en relación con el régimen jurídico de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social**- se conocen como “*Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social*”, siguieron una senda distinta: no son objeto de atención por parte del Derecho del Seguro privado, sino del Tít. Iº, TRLGSS. – “*Normas generales del sistema de la Seguridad Social*”-, **Cap. VII – “Gestión de la Seguridad Social”-**, **Secc. 4ª**: Colaboración en la gestión de la Seguridad Social, Subsecc. 2ª: Disposición general. Y eso a pesar de que son entidades de índole **asociativa/societaria**, que tienen por objeto la **cobertura de riesgos**, e incluso se les reconoce la posibilidad de dedicarse, también, a la realización de actividades de **prevención**, de **recuperación** y demás previstas en el TRLGSS. Así, el **art. 68, nº 1, TRLGSS.** establece que:

“1. Son Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social las asociaciones privadas

de empresarios constituidas mediante autorización del Ministerio de Empleo y Seguridad Social e inscripción en el Registro especial dependiente de éste, que tienen por finalidad colaborar en la gestión de la Seguridad Social, bajo la dirección y tutela del mismo, sin ánimo de lucro y asumiendo sus asociados responsabilidad mancomunada en los supuestos y con el alcance establecidos en esta ley.

Las Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social, una vez constituidas, adquieren personalidad jurídica y capacidad de obrar para el cumplimiento de sus fines. El ámbito de actuación de las mismas se extiende a todo el territorio del Estado”

Ante todo, es obvio que se trata de personas jurídicas de Derecho privado, ya que poseen una naturaleza asociativa, y toda “asociación” –ya en sentido amplio o estricto- siempre supone una unión voluntaria de personas, que se agrupan jurídicamente en virtud de un negocio de Derecho privado –Yo creo que es un *contrato*, aunque reconozco que muchos podrían negar esa condición, so pretexto de que la ausencia de ánimo lucrativo desplazaría tal negocio fuera del ámbito del Derecho patrimonial y, por tanto, fuera de la órbita del “*Contrato*”-, cuyo negocio crea entre ellas una relación de Derecho privado, lo que se refleja en el art. 69, TRLGSS., que trata de los requisitos de su constitución y funcionamiento, exigiendo –en primer lugar- que, para constituirse y desarrollar su labor de colaboración en la gestión de la Seguridad Social, habrán de concurrir, como mínimo, 50 empresarios y 30.000 trabajadores, cotizando un volumen de cuotas no inferior a 20.000.000 €, mientras que sunº 3 alude a sus “*asociados*” y a sus “*adheridos*”, disponiendo –el **art. 72**- que, para formalizar la protección respecto a las contingencias de accidente de trabajo y enfermedad profesional del personal a su servicio, los empresarios podrán optar entre hacerlo en la entidad gestora competente o **asociándose a una mutua** colaboradora con la Seguridad Social, mediante el correspondiente “*convenio de asociación*”. Por consiguiente, el TRLGSS. insiste calificarlas como “*asociaciones*” ⁽⁴⁶⁾, lo cual –una vez más-

⁴⁶ “[A]sociaciones debidamente autorizadas por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales que con tal denominación se constituyan, sin ánimo de lucro y con sujeción a las normas reglamentarias que se establezcan, por empresarios que asuman al efecto una responsabilidad mancomunada y con el principal objeto de colaborar en la gestión de la Seguridad Social, sin perjuicio de la realización de otras prestaciones, servicios y actividades que le sean legalmente atribuidas”.

vuelve a plantear el problema de la distinción –o de las analogías- entre “*sociedad*” y “*asociación*”. En mi opinión, lo que el legislador ha querido, al tildarlas de “*asociaciones*”, quizá sea enfatizar su índole **no lucrativa**, que acaso le resulte más digna de confianza que los fines lucrativos propios de las sociedades mercantiles –incluso de aquellas que parecen no tener fines semejantes-, al objeto de encargarles la gestión de un **servicio público**, como es la Seguridad Social, lo que –además- llevan a cabo disponiendo de la “*debida autorización*”.

Como tales asociaciones, las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social poseen **personalidad** jurídica y **patrimonio** propio ⁽⁴⁷⁾, desarrollando típicamente una actividad que –desde un punto de vista objetivo o funcional- puede calificarse como aseguradora, hasta el punto de que se habla del “*aseguramiento de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales a través de una mutua*” ⁽⁴⁸⁾. El aseguramiento se produce –dicen- en el momento de inscripción de la empresa en la Seguridad Social ⁽⁴⁹⁾, y alcanzará a la totalidad de los trabajadores correspondientes a los centros de trabajo situados en la misma provincia ⁽⁵⁰⁾, lo que implica que una empresa, con diferentes centros de trabajo ubicados en distintas provincias, puede formalizar la cobertura con distintas mutuas ⁽⁵¹⁾, siempre que la provincia se encuentre comprendida en el ámbito territorial de la Mutua, aunque cuando se trata de empresas con distintos centros de trabajo en la misma provincia, por el principio de unidad de aseguramiento, deben formalizar la cobertura con la misma mutua. La formalización de la cobertura se realiza a través del Convenio de Asociación, donde se establecen los derechos y obligaciones de ambas partes. La decisión de optar por una u otra mutua le corresponde en exclusiva al empresario, dejando poco margen de participación a los trabajadores. Sin embargo es importante destacar que cuando la empresa suscribe el convenio de asociación, debe entregar a la Mutua el informe emitido al respecto por el comité de empresa o delegado de personal, salvo que no existieran dichos órganos de representación, por no exigirlo la normativa aplicable. En ejercicio de su función **reparadora**, las mutuas proporcionan tanto **asistencia sanitaria** como **prestaciones económicas** ⁽⁵²⁾

⁴⁷ DE MIGUEL PAJUELO, F.: “Controles administrativos”, en VV.AA.: “*Mutuas de Accidentes Trabajo y Enfermedades Profesionales*”, coord. por J.R. Mercader Uguina, edit. “LA LEY”, Las Rozas (Madrid), 2007, p. 135.

⁴⁸ UGT. DE CASTILLA Y LEÓN: “*De las Mútuas patronales a las Mútuas de la Seguridad Social*”, edit. UGT. DE CASTILLA Y LEÓN/FUNDACIÓN PARA LA PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES, impr. KACHÉ, DISEÑO GRÁFICO, 2012, p. 47

⁴⁹ UGT. DE CASTILLA Y LEÓN: “*De las Mútuas patronales a ...*”, cit., p. 47

⁵⁰ UGT. DE CASTILLA Y LEÓN: “*De las Mútuas patronales a ...*”, cit., p. 47

⁵¹ UGT. DE CASTILLA Y LEÓN: “*De las Mútuas patronales a ...*”, cit., p. 47

⁵² UGT. DE CASTILLA Y LEÓN: “*De las Mútuas patronales a ...*”, cit., ps. 51 y ss.

Mas el hecho de que estas “*mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social*” no vengán incluidas entre las entidades que pueden ejercer la actividad aseguradora privada [art. 27 de la Ley nº 20/2015, de 14.07.2015, de Ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras (en adelante, se citará como LOSup.Solv.EAReas.)] responda a una razón que se adivina en la propia denominación de estas entidades que son “*colaboradoras con la Seguridad Social*”. Semejante referencia descubre –aunque tal vez con menos claridad que la vieja denominación de “*mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social*”- la profundísima **diferencia ordinamental**, más que –propia- objetivo/funcional, que media entre éstas entidades y todas las admitidas como formas de personificación del Empresario asegurador: mientras estas últimas entidades desarrollan la actividad empresarial de seguro privado, en nombre y por cuenta propia, las “*mutuas colaboradoras con la Seguridad Social*” son entidades que se dedican a la colaboración en la gestión del sistema de la Seguridad Social. Y esta circunstancia hace que estas entidades –que el Art. 68, 1, TRLGSS. define como “*asociaciones debidamente autorizadas*”, queden –por lo que a la colaboración en la gestión de la S.S., excluidas del ámbito normativo de la ordenación del Seguro privado, cuando no directamente fuera de la explotación de esta actividad.

Y todo esto, aunque el Derecho de sociedades –mercantil-, y el Derecho Laboral podrían parecer, sin duda, dos agregados normativos que regulan fenómenos **conceptualmente opuestos**: mientras el Derecho de sociedades regula fenómenos de colaboración **igualitaria y coordinada**, el Derecho **laboral**, en cuyo núcleo se halla la relación derivada del **Contrato de Trabajo**, versa –fundamentalmente- sobre fenómenos de **colaboración subordinada**; no igualitaria, y basada en la ajenidad: no se ponen los esfuerzos “*en común*”, sino que **se trabaja “para otro”**.

El caso de las sociedades **cooperativas** sería otro supuesto de migración institucional, del Derecho del Trabajo, al Derecho Mercantil: entidades de origen obrero, pero no-sindicales sino de finalidad económica –o, mejor dicho, de finalidad económico-productiva; empresarial-, las cooperativas se han transformado en una forma de organización de las empresas mercantiles, de naturaleza –se dice- no lucrativa; de economía social. Alumbradas bajo una luz tan ideológica; tan política, o –en ocasiones- tan politizada (⁵³), de las sociedades

⁵³ ALONSO ESPINOSA,F.J. “Presentación”, en VV.AA.: “*La Sociedad Cooperativa en la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas*”, coord. por F.J.Alonso Espinosa, edit. COMARES, Granada, 2001, ps. XXVIII y XXIX, quien contrapone “*la carga ideológica que ha acompañado históricamente a la Cooperativa*”, frente a lo que describe como “*el pragmatismo técnico en el que normalmente se han desenvuelto las llamadas “sociedades de capital”...*”. Por su parte, señalaba VERGEZ SANCHEZ,M.: “*El Derecho de las cooperativas y su reforma*”, edit. CIVITAS,S.A., ACDCT, VOL. VII (2015), ISSN: 1889-4224, PÁGS. 61-120

cooperativas se llegó a dudar, incluso, durante largo tiempo, que fuesen verdaderas “*sociedades*”, y no “*asociaciones*”, echando leña al fuego de la disputa doctrinal en torno a las relaciones, analogías, diferencias o posible identidad entre estas dos instituciones y haciendo de ella la piedra de toque de las construcciones doctrinales más diversas al respecto (⁵⁴).

El origen del cooperativismo como doctrina y de su aplicación a las actividades de carácter económico, podría rastrearse incluso en la más remota Antigüedad, toda vez que –en última instancia- no deja de ser sino una manifestación más del *fenómeno asociativo*; es decir de la *tendencia de los seres humanos a asociarse con otros, voluntariamente*, en orden a la consecución de *muy diversas finalidades* que son *comunes* a aquellos que se agrupan, lo que permite la identificación de una *una clase de relaciones jurídicas muy particulares*, a las que denominaremos “*asociativas*”, “*asociacionales*” o “*de cooperación*” (⁵⁵). Mas, para no

Madrid, 1973, ps. 15 y s., que “*nacido como movimiento económico y social involucrado con fuertes implicaciones de tipo político, el cooperativismo no ha sido objeto de las serenas consideraciones que su disciplina hubiera necesitado*”.

La politización de la materia cooperativa se ha manifestado, también, muy especialmente en el ámbito de las relaciones entre las cooperativas y la *Administración pública*, que es la materia que se analizará en el presente estudio [GADEA,E., BUITRÓN,P. y NAGORE,I. “*Derecho de las Cooperativas. Análisis de la Ley 4/1993, de 24 de junio, de Cooperativas del País Vasco*”, edit. UNIVERSIDAD DE DEUSTO, Bilbao, 1999, p. 311, quienes señalan que “*la relación de las cooperativas con el ámbito estatal o gubernamental no siempre ha sido fácil. En principio, el Cooperativismo ha levantado suspicacias entre los gobernantes que lo han mirado con recelo ante posibles interferencias de carácter político, como lo demuestra su evolución legislativa*”].

⁵⁴ VERGEZ SÁNCHEZ,M. : “*El Derecho de las Cooperativas y...*”, cit., p. 16, quien aludía a la “*tendencia de la doctrina mercantilista a negar a la cooperativa el carácter de sociedad mercantil*”. Ciertamente no es lo mismo negar que una cooperativa sea sociedad mercantil, que negar –directamente- que sea una “*sociedad*”, pero los criterios empleados son los mismos de modo que, prácticamente, la negación de su mercantilidad, en un primer momento y durante largo tiempo, supuso de modo casi inevitable la negación de su condición de “*sociedades*”. GERMAIN,M.: “*Les Sociétés commerciales*”, en RIPERT,G., ROBLOT,R. y GERMAIN,M.: “*Traité de Droit commercial*”, t. I, vol. 2º, edit. LIBRAIRIE GÉNÉRAL DE DROIT EY JURISPRUDENCE, 18ª ed., París, 2002, p. 723, quien señala que la Ley francesa nº 1775/1947, de 10 de septiembre, relativa al Estatuto de la Cooperación, cuyo art. 1º comienza diciendo que “*las cooperativas son sociedades*”, pretendió poner fin a las discusiones anteriores, en materia de naturaleza jurídica de las cooperativas, estableciendo un criterio reiterado o confirmado por el art. 1º de la ulterior Ley francesa nº 763/1978, de 19 de julio, sobre el Estatuto de las *Sociedades Cooperativas obreras de producción*.

⁵⁵ LLUIS y NAVAS,J.: “*Derecho de Cooperativas (Estudio de la legislación, la Jurisprudencia, sus bases doctrinales, sus problemas prácticos y del Reglamento de 1971)*”, t. I, edit. LIBRARÍA BOSCH (HIJOS DE JOSÉ BOSCH,S.A.), Barcelona, 1972, ps. 7 y 186 y ss., quien establece un paralelismo entre las nociones de “*cooperar*” y de “*asociarse*”, significando aquella la “*facultad jurídica humana de constituir cooperativas y de participar en las mismas, así como de limitar dicha participación*”; es decir: la facultad jurídica de constituir cooperativas y pertenecer a las mismas (facultades positivas) o de abstenerse de haberlo (facultad negativa), siendo así que los términos “*cooperativa*” y “*cooperar*” sustituyen a “*asociación*” o “*sociedad*” y “*asociarse*”. Por lo demás –añade el autor, con referencia a otros pensadores del fenómeno cooperativo- se trata de una tendencia connatural al Hombre, directamente ligada a su sociabilidad natural; una tendencia consistente –precisamente- en aunar

remontarnos en la Historia, buscando unos precedentes siempre discutibles, diré que fue durante el siglo XIX cuando la crisis económica sufrida en Europa, y soportada con mayor rigor por las clases más humildes, las obligó a **crear sus propios medios de instrumentación empresarial de la producción**, para -merced a la **agrupación** de personas, sobre la base de un espíritu de **solidaridad y ayuda mutua**- permitirles tener acceso directo, y a más bajo coste, a los bienes y servicios necesarios para su subsistencia; es decir: permitirles producir y distribuir bienes y servicios a un coste inferior al del mercado ⁽⁵⁶⁾. Así, el movimiento cooperativo se presenta como un movimiento espontáneo de carácter social; un movimiento de reacción espontánea de las capas sociales más menesterosas, frente a los abusos generados por los postulados del liberalismo económico ⁽⁵⁷⁾, orientado por la

esfuerzos para lograr un propósito económico.

Sobre las relaciones asociativas, en general, vid. GIRÓN TENA, J.: *"Apuntes de Derecho mercantil. 1º (Sociedades. Parte General)"*, UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID, FACULTAD DE DERECHO, Madrid, 1985/1986, p. 1. GARCÍA-PITA y LASTRES, J.L.: "Reflexiones sobre el Concepto de Sociedad y el Derecho de Sociedades", en C. D. y C., 2000, nº 33, diciembre, ps. 76 y s. BENITO ENDARA, L.: *"Manual de Derecho mercantil"*, t. III, *"Parte Especial (Obligaciones mercantiles). Contratos auxiliares. Cuasicontratos. Obligaciones legales en las situaciones anormales de la vida mercantil"*, edit. VICTORIANO SUÁREZ, 1ª ed., Madrid, 1929, p. 198. LÓPEZ-NIETO Y MALLO, F.: *"Manual de Asociaciones. Doctrina, legislación, jurisprudencia, formularios"*, edit. TECNOS, S.A., 3ª ed., Madrid, 1992, p. 19. LE GALL, J-P.: *"Droit commercial. Les groupements commerciaux. Sociétés commerciales, G.I.E. et G.E.I.E. Marchés d'instruments financiers (Bourses de valeurs)"*, edit. DALLOZ, 14ª ed., París, 1998, p. 1. CAMPOBASSO, G-F.: *"Diritto commerciale"*, cit., t. II, *"Diritto delle Società"*, edit. UTET., 2ª ed., Turín, 1992, ps. 1 y 3, quien señala que las sociedades son *"expresión de la tendencia de los individuos a asociarse para perseguir, conjuntamente, fines que no se prestan, o no se prestan fácilmente, a ser alcanzados individualmente"*. El Autor continúa señalando que -desde la perspectiva contractual- las sociedades pueden ser encuadradas en la más amplia categoría de los "contratos asociativos" o con comunidad de fin.

⁵⁶ SCHMIDT, K.: *"Gesellschaftsrecht"*, edit. CARL HEYMANNS VERLAG, KG., 3ª ed. completamente reelaborada y ampliada, Colonia/Berlín/Bonn/Munich, 1997, p. 1261. KLUNZINGER, E.: *"Grundzüge des Gesellschaftsrechts"*, edit. FRANZ VAHLEN, 7ª ed., Munich, 1991, p. 264. BONFANTE, G.: *"Imprese cooperative"*, en el *"Commentario del Codice civile Scialoja-Branca. Libro Vº. Del Lavoro. Art. 2511-2545"*, edit. ZANICHELLI EDITORE/IL FORO ITALIANO, Bolonia/Roma, 1999, p. 1. CALANTONIO, G.: "Evolución de los Principios de la Alianza Cooperativa Internacional y líneas de reforma de la legislación italiana", en *"C.I.R.I.E.C. España. Revista cuatrimestral del Centro de Investigación e Información sobre la Economía Pública, Social y Cooperativa"*, 1990, nº 9, diciembre, ps. 35 y s. BORJABAD GONZALO, P.: *"Manual de Derecho Cooperativo. General y Catalán"*, edit. J.M. BOSCH EDITOR, S.A., Barcelona, 1993, p. 19. LLOBREGAT HURTADO, Mª.L.: *"Mutualidad y empresas cooperativas"*, edit. J.M. BOSCH EDITOR, S.A., Barcelona, 1990, p. 1. En este sentido, LLUIS y NAVAS, J.: cit., t. I, p. 187, señala cómo en el año 1842 la Asociación de Tejedores de Barcelona solicitó del Ayuntamiento ayuda para montar una fábrica con la que se esperaba luchar contra el paro.

⁵⁷ MORILLAS JARILLO, Mª.J. y FELIÚ REY, M.I.: *"Curso de Cooperativas"*, edit. TECNOS (GRUPO ANAYA, S.A.), 2ª ed., Madrid, 2002, p. 27. BARBERENA BELZUNCE, I.: *"Sociedades Cooperativas, Anónimas Laborales y Agrarias de Transformación"*, edit. ARANZADI, Pamplona, 1992, p. 30. GADEA/BUITRÓN/NAGORE.: cit., p. 29. GARCÍA SANZ, D.: *"Concentración de empresas cooperativas. Aspectos económico-contables y financieros"*, edit. CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL, 1ª ed., Madrid, septiembre de 2001, p. 25. MONZÓN CAMPOS, J.L.: *"Las cooperativas de trabajo asociado, en la Literatura económica y en los hechos"*,

finalidad de dar cobertura, bajo un signo **antiespeculativo y anticapitalista**, a aquellas necesidades no satisfechas adecuadamente, por el sistema ⁽⁵⁸⁾. En efecto: la Cooperativa nace como respuesta de las clases sociales más desfavorecidas, en el marco histórico del triunfo de un modelo económico de corte extremadamente liberal –y, además, no compensado por la influencia de doctrinas sociales que impusieran un mayor protagonismo del Estado, en la vida económica y en la conformación de la Sociedad-, para solventar, a través de una técnica asociativa ⁽⁵⁹⁾ desarrollada en el plano de la producción de bienes y servicios –no, por consiguiente, en el plano de la representación política o sindical-, los problemas de los consumidores o usuarios, y de los trabajadores; a saber: respecto de los primeros, abaratar el coste de adquisición de los bienes o servicios que precisaban, proporcionándoles los mismos a precios inferiores a los del mercado, y –en relación con los segundos- pagarles una remuneración más elevada, como contraprestación por su trabajo y sus servicios, al organizar una empresa que competiría en el mercado, con las gestionadas en forma capitalista ⁽⁶⁰⁾.

En las cooperativas –señala GÓMEZ SEGADÉ-, la gestión capitalista basada en la explotación de un capital previamente invertido y orientada a la obtención de una ganancia económica o lucro, viene sustituida por la **autogestión**

edit. CENTRO DE PUBLICACIONES DEL MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL, Madrid, 1989, ps. 23 y ss.

⁵⁸ LLOBREGAT HURTADO, M^a.L.: "Mutualidad y...", cit., p. 1. BUENDÍA MARTÍNEZ, I.: "La Integración comercial de las sociedades cooperativas", edit. CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL, Madrid, 1999, ps. 36 y s. GERMAIN, M.: "Les Sociétés...", en RIPERT/ROBLOT/GERMAIN: "Traité...", cit., t. I, vol. 2^o, 18^a ed., p. 722.

⁵⁹ STAUDINGER, F.: "Cooperativas de Consumo", trad. Esp. Por M.Reventós, edit. LABOR, S.A., 2^a ed., Barcelona/Bs.Aires, 1930, p. 49. LLOBREGAT HURTADO, M^a.L.: "Mutualidad y...", cit., p. 13, quien señala como los Estatutos de Rochdale poseían un eviente carácter teleológico que se orientaba a mejorar las condiciones de existencia de las clases menos favorecidas. PENDÁS DÍAZ, B., GARCÍA ESCUDERO, P., ALONSO SOTO, F. y PRIETO GUTIÉRREZ, G.: "Manual de derecho cooperativo, adaptado a la Ley 3/1987 de 2 de abril, General de Cooperativas", edit. PRÁXIS, S.A., Barcelona, 1987, p. 3, quienes vinculan el "fenómeno cooperativo", con el propio "fenómeno asociativo/societario", de tal modo y manera que llegan a distinguir entre un "cooperativismo en sentido amplio", cuyos orígenes se remontarían a la Antigüedad, y un "cooperativismo en sentido estricto", de origen decimonónico.

⁶⁰ GÓMEZ SEGADÉ, J.A.: "Concepto e características", en VV.AA.: "Estudios sobre a Lei de Cooperativas de Galicia", dir. Por D.Bello Janeiro, coord. Por J.A. Gómez Segade, M.Botana Agra, A.Fernández-Albor Baltar y A.Tato Plaza, edit. ESCOLA GALEGA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, Santiago de Compostela, 1999, ps. 21 y s. FAJARDO GARCÍA, I.G.: "O réxime económico da Sociedade", en en VV.AA.: "Estudios sobre a Lei de Cooperativas de Galicia", cit., p. 105. HAMEL, J., LAGARDE, G. Y JAUFFRET, A.: "Droit commercial", t. I, vol. 2^o, "Sociétés, groupements d'intérêt économique, entreprises publiques", edit. DALLOZ, 2^a ed., Paris, 1980, p. 647, quienes llegan a hablar de la "revolución cooperativa". RIPERT, G., ROBLOT, G., GERMAIN, M. Y VOGEL, L.: "Traité de Droit commercial", t. I, "Actes de commerce. Baux commerciaux. Propriété Industrielle. Concurrence. Sociétés commerciales", edit. LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE DROIT ET JURISPRUDENCE, 17^aed., Paris, 1998, p. 1527.

de la empresa, por parte de los usuarios o de sus trabajadores ⁽⁶¹⁾, lo que hace de estas sociedades “*asociaciones de fuerza de trabajo, orientadas a conseguir fines económicos y morales que extravasan del ánimo de lucro, en beneficio de sus asociados*”.

Tributarias de la influencia de Robert OWEN y Charles FOURIER [que desarrollaron normas y principios cooperativos como la asociación voluntaria y democrática, la retribución del capital con un interés limitado o la promoción de la educación]⁽⁶²⁾, el origen histórico cierto de las cooperativas puede situarse en el año 1844, año en que se aprobaron los estatutos de la “*Rochdale Society of Equitable Pioneers*”; cooperativa de **consumo** doméstico que agrupaba a algunos obreros de la industria textil del condado de Lancashire, que –con objeto de promover la apertura de un almacén propio- habían ido ahorrando modestas cantidades, logrando alquilar con ellas un pequeño local en el que se vendían productos alimenticios a un precio inferior al del mercado ⁽⁶³⁾. Sin embargo, hay que señalar cómo España fue pionera en este ámbito, ya que dos años antes se había producido el intento de la “*Asociación de Tejedores de Barcelona*” [1842]. Poco tiempo después, el ejemplo de la referida cooperativa iría seguido por el de la denominada “*Wholesale Society*” [lit.: “Sociedad de Mayoristas”], que agrupaba un gran número de cooperativas de ámbito local, tanto de producción, como de consumo ⁽⁶⁴⁾.

⁶¹ GÓMEZ SEGADE, J.A.: cit., p. 21.

⁶² STAUDINGER, F.: cit., 2ª ed., ps. 52 y ss. BUENDÍA MARTÍNEZ, I.: “*La Integración comercial...*”, cit., p. 37. GARCÍA SANZ, D.: “*Concentración de empresas cooperativas. Aspectos económico-contables y financieros*”, edit. CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIOAL, 1ª ed., Madrid, septiembre de 2001, p. s. 26 y s.

⁶³ MERZ, S., MADONNA, R., SGUOTTI, P., BUSO, M.T., LEONI PEZZANGORA, E., LUCCHESI, M.T. y SCOCCA, V.: “*Manuale pratico delle Società cooperative commentato con riferimento al Diritto civile, fallimentare, penale e previdenziale. Cooperative edilizie, di produzione e lavoro, di consumo, agricole, sociale, femminili*”, edit. CEDAM, Padua, 1999, p. 3. SCHMIDT, K.: “*Gesellschaftsrecht*”, cit., 3ª ed., p. 1261, quien –sin embargo, y además- cita otro precedente algo más antiguo; a saber: la Asociación de Consumo del Doctor William KING, en 1828. VICENT CHULIÁ, F.: “El accidentado desarrollo de nuestra Legislación cooperativa”, en VV.AA.: “*Estudios de Derecho mercantil en homenaje al Profesor Antonio Polo*”, edit. EDITORIAL REVISTA DE DERECHO PRIVADO/EDITORIALES DE DERECHO REUNIDAS, Madrid, 1981, p. 1210. MORILLAS JARILLO/FELIÚ REY.: cit., 2ª ed., p. 28. GÓMEZ SEGADE, J.A.: cit., p. 22. TRUJILLO DÍEZ, I.J.: “*Cooperativas de consumo y cooperativas de producción*”, edit. ARANZADI, S.A., Pamplona, 2000, ps. 25 y s. GARCÍA SANZ, D.: “*Concentración...*”, cit., ps. 27 y s. ARANZADI, D. (S.J.): “La Empresa cooperativa y sus ventajas competitivas”, en “*Boletín de Estudios Económicos*”, 1999, nº 167, vol. LIV., agosto, p. 272. BUENDÍA MARTÍNEZ, I.: “*La Integración comercial...*”, cit., p. 37. GARCÍA SANZ, D.: “*Concentración...*”, cit., ps. 26 y s. MONZÓN CAMPOS, J.L.: “El C.I.R.I.E.C. España, ante la reforma de los Principios Cooperativos”, en “*C.I.R.I.E.C. España. Revista cuatrimestral del Centro de Investigación e Información sobre la Economía Pública, Social y Cooperativa*”, 1990, nº 9, diciembre, p. 2.

⁶⁴ GÓMEZ SEGADE, J.A.: cit., p. 22. GARCÍA SANZ, D.: “*Concentración...*”, cit., p. 27.

Por otra parte, las Cooperativas "**de producción**" habrían tenido un origen ligeramente anterior, aunque limitado al plano doctrinal-científico: el francés Philippe BUCHEZ expuso un Proyecto sobre el Cooperativismo de producción, en el "*Journal des Sciences morales et politiques*", de 17.12.1831; Proyecto –empero- que no llegaría a buen fin ⁽⁶⁵⁾, aunque hasta 1848, en la Francia de los primeros movimientos obreros, se habían ido creando cooperativas de producción centradas en la actividad artesanal ⁽⁶⁶⁾. Mas, bien por el contrario, fueron las cooperativas de **consumo**, las que lograron una implantación más antigua, con la ya mencionada "*Rochdale Society of Equitable Pioners*", cuyos estatutos -que parecen haber sido redactados por Charles Howarth-, recogieron o formularon los "**Principios Cooperativos**" ⁽⁶⁷⁾, bien que esta formulación se hubiera realizado de forma práctica, y no técnica, debiéndose aguardar a algún tiempo después para que se produjese una "*tecnificación*" en la proclamación de dichos principios, que –de hecho- fue el resultado del análisis y sistematización del contenido de los estatutos, por parte de analistas del fenómeno cooperativo y de la Alianza Cooperativa Internacional ⁽⁶⁸⁾.

Posteriormente, la Cooperativa fue consolidándose en los textos legales de los diversos ordenamientos [P.e. en la "*Gesetz betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften*", de 01.05.1889 ("*Genossenschaftsgesetz*" o GenG.), objeto de ulteriores reformas, cuyo § 1º, nº 1 define a la Cooperativa ("*Genossenschaft*") como "*Sociedad con un número no cerrado de miembros, en la que la obtención de los beneficios o de las economías de sus socios se promueve mediante en ejercicio de una empresa en común*" ⁽⁶⁹⁾, o la que recogen los arts. 2511 al 2545 del "*Codice civile italiano*", de 16.03.1942, completadas por diversas leyes posteriores, como la Ley italiana nº 59/1992, de 31 de enero, sobre nuevas normas en materia de sociedades cooperativas o la Ley italiana nº 142/2001, de 3 de abril, de Reforma de la legislación cooperativa, con particular referencia a la posición del Socio-trabajador.

Por lo que al **Derecho español** se refiere, las cooperativas fueron aparentemente excluidas del ámbito de lo mercantil, por el **art. 124, CCo./1885**, de conformidad con el cual:

⁶⁵ LLUIS y NAVAS,J.: cit., t. I, p. 203.

⁶⁶ MORILLAS JARILLO/FELIÚ REY.: cit., 2ª ed., p. 28.

⁶⁷ BARBERENA BELZUNCE,I.: "*Sociedades Cooperativas...*", cit., p. 29. BORJABAD GONZALO,P.: "*Manual de Derecho cooperativo...*", cit., p. 19. LLOBREGAT HURTADO,Mª.L.: "*Mutualidad y...*", cit., p. 12, aunque hace notar que los pioneros de Rochdale huyeron voluntariamente de cualquier declaración de principios de sentido técnico. SANCHÍS PALACIO,J.R.: cit., p. 15.

⁶⁸ LLOBREGAT HURTADO,Mª.L.: "*Mutualidad y...*", cit., ps. 12 y s.

⁶⁹ SCHMIDT,K.: "*Gesellschaftsrecht*", cit., 3ª ed., p. 1261. KLUNZINGER,E.: "*Grundzüge...*", cit., 7ª ed., p. 264.

“Las compañías mutuas de seguros contra incendios, de combinaciones tontinas sobre la vida para auxilio a la vejez, y de cualquiera otra clase, y las cooperativas de producción, de crédito o de consumo, sólo se considerarán mercantiles, y quedarán sujetas a las disposiciones de este Código, cuando se dedicaren a actos de comercio extraños a la mutualidad o se convirtieren en sociedades a prima fija”

El precepto –todavía formalmente en vigor- que, de paso, afectaba no solamente a las cooperativas, sino a otras formas asociativas o societarias de índole mutualística, partía de la base de una –supuesta- natural **“no-mercantilidad”**, aunque en aquel momento esta medida no significó proclamar –¿contrariamente?- una hipotética o eventual sumisión de las cooperativas y demás entidades de naturaleza mutualística, al Derecho Laboral... **por la sencilla razón de que, en 1885, todavía no se podía hablar de un “Derecho Laboral”, en el Ordenamiento jurídico español.** Lo que se apuntaba era –supuestamente- una **“no-mercantilidad”** por razón de la supuesta **ausencia de lucro**. Así lo revela la E.M./CCo./1885, cuando manifiesta lo siguiente:

“Establecidos estos principios generales en armonía con la Ley de 1869 y con las bases acordadas por el Gobierno para la formación del nuevo Código de Comercio, comprende el Proyecto adjunto todas las Sociedades que, bien por su naturaleza, bien por la índole de las operaciones, se consideran como mercantiles; no habiendo atribuido este carácter a las asociaciones mutuas, porque falta en ellas el espíritu de especulación, que es incompatible con la naturaleza de estas Sociedades, ni a las Cooperativas, porque obedecen, ante todo, a la tendencia manifestada en las poblaciones fabriles de nuestro país, y principalmente en las de Alemania, Inglaterra y Francia, de asociarse los obreros con el único objeto de mejorar la

condición de cada uno, facilitándoles los medios de trabajar, de dar salida a sus productos o de obtener con baratura los artículos necesarios para su subsistencia. Y como no es el afán de lucro el que impulsa lo que se ha dado en llamar movimiento cooperativo, no pueden tampoco reputarse como mercantiles estas Sociedades, mientras no resulte claramente de sus estatutos o del ejercicio habitual de algunos actos de comercio que merecen aquella denominación.

Por eso no se ha ocupado el Proyecto del ordenamiento de estas manifestaciones de la asociación, considerando que en todo caso quedarán amparadas por la legislación general sobre Sociedades, la cual no puede ser más amplia, pues dentro de ella caben y son posibles cuantas formas exija el progreso comercial de los tiempos modernos”

Ahora bien; siempre me ha parecido que el criterio del lucro no era, realmente, el que inspiraba a los redactores del Código; más bien, a los del Proyecto de 1882, sino que esa referencia; ese término –“*lucro*”- no era sino la forma en que el legislador describía, de forma sintética, un fenómeno que todavía no sabía identificar con un “*nomen iuris*” más apropiado: el fenómeno “*empresa*”. En realidad; decir que se carecía de ánimo de lucro significaba decir que no se ejercían actividades en forma de empresa [Este hecho se aprecia con claridad, si se lee lo que la propia E.M./CCo./1885 dice sobre la mercantilidad/no-mercantilidad de las ventas hechas por artesanos], sino –hasta cierto punto- de un modo inorgánico o desorganizado, o que las actividades estaban destinadas al autoconsumo, y no a la extroversión de los productos o los servicios, hacia el mercado. En consecuencia, cuando “*Las compañías mutuas de seguros contra incendios, de combinaciones tontinas sobre la vida para auxilio a la vejez, y de cualquiera otra clase, y las cooperativas de producción, de crédito o de consumo, ... se dedicaren a actos de comercio extraños a la mutualidad o se convirtieren en sociedades a prima fija*”; se convertirían en sociedades *mercantiles*, y entonces “*quedar[ían] sujetas a las disposiciones de este Código*”: lo primero –que “*se dedicaren a actos de comercio extraños a la mutualidad*”- porque, entonces, ya estaríamos ante una actividad económica en la que se produce la extroversión de los productos o los servicios, hacia el mercado; es decir: fuera de los estrechos límites del autoconsumo, consustancial a la mutualidad. Y lo segundo –que “*se convirtieren en sociedades a*

prima fija”- porque entonces podrían huir del sistema de derramas pasivas, que revela una pobre y deficiente organización y planificación, y que –por tanto- excluye que se pueda hablar de una empresa, para revelar –por el contrario- que se lleva a cabo una actividad económica, planificada en términos de costes y beneficios; de riesgos de pérdidas y posibilidad de ganancias; es decir: una actividad constitutiva de empresa.

En la actualidad y como consecuencia de la evolución económica y legislativa, cabe afirmar, sin lugar a dudas, que las cooperativas y las mutuas de seguros o las mutualidades de previsión, son **empresarios sociales** sometidos a un régimen jurídico propio, cuyo régimen –a su vez- se revela plural, aunque uniforme, como consecuencia del juego de un doble sistema de distribución de competencias: el que juega en el marco de la integración europea, que se ha reflejado en la adopción de un reglamento comunitario: el **Reglamento (CE.) nº 1435/2003, del Consejo, de 22.07.2003, relativo al Estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea [SCE.]**⁽⁷⁰⁾, y el que se ha establecido en el seno de un “*Estado de las Autonomías*”; un régimen que –en principio- viene contenido en la **Ley nº 27/1999, de 16.07.1999, de Cooperativas** ⁽⁷¹⁾, aunque también en diversas disposiciones de **Derecho autonómico** con rango de ley, sin que –al parecer- la legislación cooperativa española haya logrado superar la pluralidad y dispersión [“*como un rompecabezas insoluble*”] que resultan de la distribución de competencias entre el Estado central y las Comunidades Autónomas ⁽⁷²⁾. Mas lo que aquí importa resaltar es el proceso de “*mercantilización*” de las cooperativas, que viene produciéndose paulatinamente desde que el **art. 124 del Código de comercio de 22.08.1885** [Cdc. o Cdc./1885]⁽⁷³⁾

⁷⁰ GARCÍA SANZ,D.: “*Concentración...*”, cit., p. 38, quien presenta la elaboración de este tipo de norma como un instrumento de armonización europea de una regulación cooperativa que resulta ser muy heterogénea, de un Estado a otro.

⁷¹ Que ha venido a sustituir a la hasta ahora vigente Ley nº 3/1987, de 2 de abril, General de Cooperativas, a la que ha derogado, en virtud de la Disp.Derogatoria Primera, LCoop.

⁷² VICENT CHULIÁ,F.: “La legislación cooperativa autonómica: perspectiva valenciana”, en “*REVERSCO. Estudios cooperativos*”, 1984, nº 52, ps. 11 y s.

⁷³.- FAJARDO GACÍA,I.G.: “El Derecho Cooperativo en España: incidencia de la Constitución de 1978”, “*C.I.R.I.E.C. España. Revista cuatrimestral del Centro de Investigación e Información sobre la Economía Pública, Social y Cooperativa*”, 1991, nº 11, octubre,p. 12. Aunque las sociedades cooperativas habían sido objeto de alusión en el Decreto de 20 de septiembre de 1869 y en la Ley de 19 de octubre de 1869 –donde la opción por incluirlas entre el resto de las sociedades mercantiles, o bien dejarlas fuera del mismo, no quedaba suficientemente clara [GADEA/BUITRÓN/NAGORE.: cit., ps. 25 y ss.]-, estas entidades aparecen contempladas específicamente en el Cdc./1885 –que, sin embargo, no las reguló-, y en la Ley de Asociaciones de 30 de junio de 1887 –que incluía las *cooperativas de crédito sin ánimo de lucro o ganancia*-, a cuyas disposiciones o cuerpos legales habría que sumar la Ley de 22 de enero de 1906, de Pósitos Agrícolas, y otras, fueron objeto de la Ley de Cooperación, de 2 de enero de 1942, desarrollada por Reglamento de 11 de noviembre de 1943, que pretendieron proporcionar un régimen completo y suficiente para estas entidades [GOMEZ SEGADE,J.A.: cit., p. 24. URÍA GONZÁLEZ,R., MENÉNDEZ,A. Y VERGEZ SÁNCHEZ,M.: “Sociedades cooperativas” en VV.AA.: “*Curso de Derecho mercantil*”, t. I, “*Empresario, Establecimiento mercantil y actividad empresarial. Derecho de la Competencia y de l Propiedad Industrial e Intelectual. Derecho de*

se refirió a ellas, para negar o –alternativamente- someter a ciertas condiciones muy concretas, su posible adscripción al ámbito del Derecho mercantil. Con posterioridad, las cooperativas hubieron de atravesar por una larga y compleja peripecia histórica caracterizada por lo que me atrevo a describir como *una dialéctica entre los principios ideológicos del cooperativismo, a veces lastrados por una onerosa carga de politización, y la racionalidad y operatividad de unas organizaciones que constituyen una forma jurídica de empresa*; una peripecia cuyos hitos fundamentales estarían – durante largo tiempo- marcados por un sentido restrictivo y antiespeculativo, reiteradamente “*trufado*” de rasgos de politización/publicización. Ejemplos claros, además de la Ley de 09.09.1931, serían la Ley de 09.03.1938, que mantuvo la vigencia de la Ley de 1931, limitándose a modificarla y su sucesora, la Ley de 02.01.1942, y su Reglamento, de 11.11.1943, así como las sucesivas Leyes de 19.12.1974 y de 02.04.1987 ⁽⁷⁴⁾, hasta llegar a las disposiciones –estatales y autonómicas- actualmente vigentes. Estas nuevas disposiciones supusieron un profundo **cambio** en la regulación de las sociedades cooperativas; cambio que –si no llegó al extremo de modificar el mismísimo modelo económico, abriendo una “*tercera vía*”, como se insinuaba en la E.M. de la Ley ⁽⁷⁵⁾-, sí que reconoció el indiscutible carácter **empresarial** de la Cooperativa, sugiriendo una interesante convergencia entre Sociedad y Empresa, y –aquí reside lo más importante- **juridificando y tecnicando su régimen jurídico**; es decir: haciéndolo más adecuado a las necesidades de una empresa, sobre la base de traer a la Cooperativa elementos y reglas jurídicas **tomados del régimen de la Sociedad Anónima**, todo – empero- sin perjuicio de que la Cooperativa mantuviese sus rasgos caracterizadores y su espíritu ⁽⁷⁶⁾, una línea de concepción y ordenación que se prolongaría en la ulterior

sociedades”, edit. CIVITAS,S.A., Madrid, 1999, p. 1279. MORILLAS JARILLO/FELIÚ REY.: cit., 2ª ed., p. 36. PENDÁS DÍAZ/GARCÍA ESCUDERO/ALONSO SOTO/PRIETO GUTIÉRREZ.: cit., p. 28. PÉREZ DE ARMIÑAN,G.: “*Legislación Bancaria Española*”, edit. BANCO DE ESPAÑA, 6ª ed., madrid, 1983, p. 177. MARTÍN FERNÁNDEZ,F.J.: “*Las cooperativas y su régimen tributario. Análisis de la Ley 20/1990, de 19 de diciembre, sobre régimen fiscal de las cooperativas*”, edit. “LA LEY”, Madrid, 1994, p s. 26, 30 y s. SANCHÍS PALACIO,J.R.: “*El Crédito Cooperativo en España*”, edit. CIRIEC.-ESPAÑA, Valencia, 1997, p. 37]. Promulgada la Ley nº 2/1962, de 14 de abril, de Bases de Ordenación del Crédito y la Banca, su Base Vª aludía a las “*cajas rurales*”, señalando que serían “*organizadas*” para reforzar sus fines al “*Crédito Agrícola*”, y que su inspección y control corresponderían al Ministerio de Economía, sin perjuicio de la disciplina a que estaban sometidas por el Ministerio de Trabajo. sin embargo, la legislación precedente no sería modificada -de hecho, sustituida- hasta la promulgación de la Ley General de Cooperativas, nº 52/1974, de 19 de diciembre, cuyo art. 51, nº 3 enumeraba las operaciones que estas entidades podían realizar. Dicha Ley sería desarrollada por un “*Reglamento*”, aprobado por RD. nº 2710/1978, de 16 de noviembre, el cual dedicaría a las cooperativas de crédito sus arts. 101 y 102. A este Reglamento le seguiría el RD. nº 2860/1978, de 3 de noviembre. Y, por fin, se promulgarían las leyes más recientes de 1987, 1989 y - por lo que hace a Galicia- la Ley nº 5/1998.

⁷⁴ GÓMEZ CALERO,J.: “*Sobre la “mercantilidad” de las Cooperativas*”, en “*Revista de Derecho Mercantil*”, 1975, nº 137, julio-septiembre, ps. 302 *passim*.

⁷⁵ GADEA/BUITRÓN/NAGORE.: cit., ps. 55 y ss.

⁷⁶ MORILLAS JARILLO/FELIÚ REY.: cit., p. 39, hablan de que la nueva Ley de 1974, a las cooperativas las “*contempla como fórmula para realizar cualquier actividad económico-social lícita, rigurosa en sus planteamientos sociales y sensible al mercado (cooperativismo-acción, frente*

Ley nº 3/1987, de 02.04.1987, General de Cooperativas, hoy derogada, y –por supuesto- en la Ley vigente, de 1999. Es más: en el **Anteproyecto de Ley del Código Mercantil**, su proyectado **art. 211-1**, previene que “*1. [s]on sociedades mercantiles las que tengan por objeto la producción o el cambio de bienes o la prestación de servicios para el mercado y las que, cualquiera que sea su objeto, adopten algunos de los siguientes tipos:... f) La sociedad cooperativa. g) La sociedad mutua de seguros... [y] 2. Son también sociedades mercantiles aquéllas a las que la ley atribuya carácter mercantil*”.

Y si las sociedades cooperativas representan en ejemplo de Institución jurídica, emigrada del Derecho Laboral, al Derecho Mercantil, un supuesto inverso –en cierto sentido- podríamos encontrarlo en las “**sociedades laborales**”, tipo societario que tiene sus antecedentes –e incluso sus precedentes- durante los años 1960, en la política de concesión de beneficios crediticios y fiscales para la **constitución de sociedades mercantiles por trabajadores** de las empresas que explotaban tales sociedades; “*fruto de una política neoliberal de ascendente germánico en el franquismo*”⁽⁷⁷⁾. En estas sociedades, la característica definitoria fundamental reside en el hecho de que su **capital social debe pertenecer, en su mayoría, a los trabajadores de la Sociedad** y ningún socio podrá poseer más de **1/3** del capital, o –si se trata del Estado, la Comunidad autónoma o Entidad Local o sociedad participada por éstas o asociaciones u otras entidades sin ánimo de lucro- el porcentaje superior que fijen los estatutos sociales, que –en todo caso- no podrá, nunca, alcanzar la mitad del capital social⁽⁷⁸⁾.

Reguladas en la **Ley nº 4/1997, de 24.03.1997, de Sociedades Laborales [LSLabs.]**, se admite que puedan constituirse adoptando la forma, ora de sociedad anónima, ora bien de sociedad de responsabilidad limitada, según que su capital social esté necesariamente representado por acciones –que habrán de ser nominativas-, o bien que se capital esté dividido en participaciones sociales, aunque –tanto en uno como en otro caso- ese capital social estará compuesto de dos bloques o categorías de acciones o participaciones: el bloque o segmento general, y el bloque, segmento o sector laboral⁽⁷⁹⁾. Mas las sociedades laborales son –pese a su denominación-

al cooperativismo-reacción). Se aplican a las cooperativas principios y preceptos de otras sociedades, señaladamente de las anónimas, y aspectos del estatuto jurídico del empresario...”.

⁷⁷ VICENT CHULIÁ,F.: “*Introducción al Derecho Mercantil*”, edit. “TIRANT LO BLANCH”, 14ª ed. totalmente revisada, adaptada a los nuevos planes de estudios y orientada a la praxis, Valencia, 2001, p. 548.

⁷⁸ VICENT CHULIÁ,F.: “*Introducción...*”, cit., 14ª ed., p. 549.

⁷⁹ La LSLabs. nº 4/1997 vino a sustituir a la anterior normativa, recogida en la Ley nº 15/1986, de 25.04.1986, de Sociedades Anónimas Laborales, que se había limitado a regular, simplemente, las especialidades de régimen sustantivo y los beneficios fiscales de las sociedades *anonimas* laborales. En cambio, la nueva LSLabs. las regula tanto en su forma anónima, como en su forma de Responsabilidad Limitada.

sociedades plenamente mercantiles –por este motivo han de inscribirse en el Registro Mercantil-, cuyo régimen se integra por la aplicación supletoria de la legislación sobre sociedades de capital, que es lo que –cabalmente- son. Así, la Disp.Final Primera, LSLabs. prevé que, en lo no previsto en dicha Ley, “*serán de aplicación a las sociedades laborales las normas correspondientes a las sociedades anónimas o de responsabilidad limitada, según la forma que ostenten*”; normas que hoy se hallan en el TRLSocs.cap. No se trata, en modo alguno, de ningunas supuestas sociedades “*de Derecho Laboral*”; el adjetivo “*laborales*” no se predica, realmente, del régimen de estas sociedades; no se predica –pese a lo que textualmente podría parecer- de la adscripción ordinamental de su régimen, sino que tiene por objeto enfatizar esa **coincidencia-convergencia de la condición de “socio”, con la cualidad de ser “trabajador” –en régimen, sí, laboral- de esa misma sociedad.** Lo único que conlleva esta laboralidad –digamos- “*impropia*”, es una cierta publicización puntual y limitada de su régimen jurídico; publicización que –además- ni siquiera afecta al núcleo sustancial de la regulación, sino a su “*periferia*”, por así decirlo, pues el otorgamiento de la escritura fundacional se lleva a cabo con previa “**calificación administrativa**” por parte del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales o de las Comunidades Autónomas competentes. Además, **también** habrán de quedar inscritas en el “**Registro Administrativo de sociedades Laborales**”, regulado por el **Real Decreto nº 2114/1998, de 02.10.1998** ⁽⁸⁰⁾. Este tipo de medidas responde, no propiamente a un desplazamiento desde el Derecho Mercantil, al Derecho del Trabajo –que en modo alguno se produce-, cuanto a una política de **fomento**, que se refleja en esa calificación –y su contraria descalificación-, que llevan aparejadas, respectivamente, el otorgamiento o la pérdida de **beneficios fiscales**, aunque además –eventualmente y en virtud de previsión **estatutaria** en este sentido- la descalificación podría constituir una **causa voluntaria de disolución** [arts. 16 y 17, LSLab.] ⁽⁸¹⁾. Por consiguiente, siendo sociedades mercantiles y sociedades “*de capital*”, las SALs. y las SRLs. no son sociedades cooperativas; por lo menos, no lo son de una forma plena, porque para ser una sociedad “*cooperativa*”, no basta con el puro hecho de que la condición de socio y de trabajador coincidan en las mismas personas; no basta, siquiera, que las características del tipo incluyan el elemento de que la condición de socio –accionista o socio de responsabilidad limitada- le haya de corresponder a personas que, además, tienen la condición de trabajadores... sino que es precisa la “**mutualización**” o “**cooperativización**” del objeto y el fin social. Por consiguiente, ese no ser sociedades plenamente cooperativas, y sí sociedades de capital, aunque especiales, explica el sometimiento, no a la legislación sobre cooperativas sino a la normativa sobre sociedades anónimas o sobre sociedades de responsabilidad limitada.

Este tipo de fenómenos responde al hecho de la superación histórica de los postulados ideológicos –absolutos- del Liberalismo capitalista, de acuerdo con los

⁸⁰ VICENT CHULIÁ,F: “*Introducción...*”, cit., 14ª ed., p. 549.

⁸¹ VICENT CHULIÁ,F: “*Introducción...*”, cit., 14ª ed., p. 549.

cuales, puesto que el empresario arriesgaba su fortuna, en el ejercicio de la actividad económica, debía corresponderle a él, en exclusiva, el poder soberano de decidir sobre la organización, gestión y explotación de la empresa, sobre su transformación e -incluso- sobre su extinción⁽⁸²⁾. Sin embargo, este criterio escondía una falacia: si bien es verdad que la gestión debe corresponder al riesgo, es -por el contrario- inexacto que sea el empresario el único que soporta el riesgo económico y el único que posee un interés relevante en la buena marcha de la explotación empresarial. Bien por el contrario, hay dos argumentos que ponen de relieve la falacia antes denunciada: Por una parte, **también los trabajadores son "productores"**, lo que -por tanto- los hace acreedores de la posibilidad de **participar en el proceso de toma de decisiones** atinentes a la actividad productiva⁽⁸³⁾. Y, por otra, también los trabajadores tienen un interés en el éxito de la Empresa, porque de la buena o de la mala conducción de la explotación empresarial puede depender la estabilidad de su puesto de trabajo (de aquí que se habla de un "riesgo del trabajo" como realidad paralela al "riesgo del capital")⁽⁸⁴⁾. Entre las diversas soluciones que se han propuesto -muchas de las cuales son esas instituciones migratorias, a las que se ha hecho referencia- la reconducción del problema por el cauce de la **reforma de los órganos de la Sociedad anónima**, dando entrada en los Consejos de administración a los representantes, no de los accionistas o

⁸² GARRIGUES,J.: "Setenta y cinco años de Derecho mercantil", en VV.AA.: *"Estudios de Derecho mercantil en homenaje al Profesor Antonio Polo"*, edit. EDITORIAL REVISTA DE DERECHO PRIVADO/EDITORIALES DE DERECHO REUNIDAS, Madrid, 1981, p. 271. GIRON TENA,J.: "Sobre las características generales, desde los puntos de vista político-jurídico y conceptual de los problemas actuales en torno a la Empresa", en VV.AA.: *"Estudios de Derecho mercantil en homenaje al Profesor Antonio Polo"*, edit. EDITORIAL REVISTA DE DERECHO PRIVADO/EDITORIALES DE DERECHO REUNIDAS, Madrid, 1981, ps. 287 y ss. ALMANSA PASTOR,J.M.: *"La participación del trabajador en la administración de la Empresa"*, edit. TECNOS,S.A., Madrid, 1965, ps. 29 y ss. y 94 y ss. BROSETA PONT,M.: "La reforma de la Empresa en el sistema neocapitalista español", RDM., 1970, nº 116, ps. 265 y ss., entre otros. Igualmente GALGANO,F.: "Introduzione. Le teorie dell'Impresa", en VV.AA.: *"Trattato di Diritto commerciale e del Diritto pubblico dell'Economía"*, t. II, edit. CEDAM., Padua, ps. 10 y ss., quien señala que la concepción clásica de la Empresa -a la que califica de reduccionista- consideraba al Empresario como el único productor, y a sus empleados, como simples instrumentos de trabajo, en vez de verlos como "co-artífices" de la producción. RAISCH,P.: *"Unternehmensrecht"* (2), *"Aktien und Konzernrecht, Mitbestimmung und Fusionskontrolle"*, 1974, ps. 99 y ss., criticando la postura de BÖHM, que basaba su crítica a la participación en el riesgo de la propiedad aportada por el empresario.

⁸³ GALGANO,F.: op. ult. cit., p. 11, desde una perspectiva marxista y con el objetivo -declarado- de extender la democracia política al ámbito del gobierno de la Economía. ALONSO OLEA,M. y CASAS BAHAMONDE,M^a.E.: *"Derecho del Trabajo"*, edit. THOMSON/CIVITAS,S.A., 21ª ed., Madrid, 2004, p. 191.

⁸⁴ BLOCH-LAINE,F.: *"Pour une réforme de l'Entreprise"*, París, 1963, ps. 79 y ss., ISLER,P.T.: *"Mitbestimmung und Unternehmensrecht unter besonderer Berücksichtigung der niederländischen Regelungen"*, Zurich, 1980, p. 19. NELL-BREUNING,O. Von.: *"Mitbestimmung"*, 4ª ed., Frankfurt, 1969, ps. 61 y ss., STEIGER,W.Von.: "Probleme des Mitbestimmungsrechtes der Arbeitnehmer", *"Zeitschrift der bernischen Juristinnenvereins"*, 1955, p. 21. Para una exposición de los diversos argumentos esgrimidos en pro de la participación de los trabajadores en la gestión de la empresa y los sistemas de cogestión paritaria, vid. ESTEBAN VELASCO,G.: *"El poder de decisión en las sociedades anónimas"*, edit. CIVITAS,S.A., Madrid, 1978, ps. 598 y ss.

partícipes, sino de los trabajadores (⁸⁵). Más precisamente, ALONSO OLEA/CASAS BAAMONDE aluden a los siguientes sistemas: A) un régimen de comisiones especiales; b) un régimen de jurados o comités de empresa y c) un régimen de cogestión o participación en la dirección (⁸⁶). Pues bien, como no se ha llegado a configurar o consolidar ese "Derecho de la Empresa", permaneciendo separados el Derecho mercantil, el Derecho laboral y el Derecho tributario, una de las consecuencias es que la participación obrera ha debido ser **canalizada a través del Derecho [mercantil] de sociedades**, adoptando la modalidad de una inserción de los representantes de los trabajadores en la estructura del Sujeto/Sociedad, que es el empresario titular de la organización (⁸⁷), como se aprecia en la normativa comunitaria sobre la Sociedad Anónima Europea, en cuyo seno se insertan, tanto una comisión negociadora, como un órgano de representación de los trabajadores, sobre cuya naturaleza nada se dice; en concreto, si constituye, o no, un órgano social.

2.2. Aspectos contractuales

La estrecha conexión; el vínculo esencial entre Derecho Laboral y Contrato de Trabajo determina que Derecho Laboral y Derecho Mercantil se enfrenten u opongan en función de la **particularidad** –o, más bien, **singularidad-causal** de las relaciones jurídico-laborales, frente a la **pluralidad**, si no universalidad, tipológica y causal de las relaciones jurídico-obligacionales mercantiles. Las relaciones laborales, propiamente dichas, solamente pueden tener un único origen causal: el **Contrato de Trabajo**.

⁸⁵ GARRIGUES, J.: "Setenta y cinco años...", cit., p. 275. "Reto sin respuesta", en *"Hacia un nuevo Derecho mercantil, Escritos, lecciones y conferencias"*, edit. TECNOS, S.A., Madrid, 1971, ps. 262 y ss.

⁸⁶ ALONSO OLEA/CASAS BAAMONDE.: cit., 21ª ed., p. 192. Las clasificaciones son múltiples: para la Doctrina alemana, hay que distinguir entre la participación, como intervención genérica de los trabajadores en la Empresa ["*Beteiligung*"], la colaboración ["*Mitwirkung*"] y la cogestión ["*Mitbestimmung*"]. En Francia, se distingue entre Cogestión y Codecisión [Vid. PÉREZ ESCOLAR, R.: "*La Sociedad Anónima Europea*", edit. MONTECORVO, Madrid, 1972, p. 132].

⁸⁷ GARRIGUES, J.: ops. y locs. ult. citis. GOMEZ SEGADE, J.A.: "Derecho de los socios, participación de los trabajadores y petrificación de la sociedad anónima (Reflexión ante la Sentencia del Tribunal Constitucional alemán, de 1 de marzo de 1979)", en VV.AA.: "*Estudios de Derecho mercantil en homenaje al Profesor Antonio Polo*", edit. EDITORIAL REVISTA DE DERECHO PRIVADO/EDITORIALES DE DERECHO REUNIDAS, Madrid, 1981, ps. 309 y ss. ALONSO OLEA, M.: "Instituciones de participación de los trabajadores en la Empresa", "*Estudios jurídicos en homenaje a Joaquín Garrigues*", t. II, edit. TECNOS, S.A., Madrid, ps. 25 y ss. en especial, p. 40.

Resulta obvio que el Contrato de Trabajo es un contrato ⁽⁸⁸⁾ [Obsérvese la referencia explícita al “*contrato*”, que se hace en el apdo. 4º, del art. 1º, TRETrab., cuando habla del “*trabajo que presten los trabajadores españoles contratados en España al servicio de empresas españolas en el extranjero*”]; que es un contrato de **prestación de servicios por cuenta ajena y por título lucrativo**; es decir: retribuido; que se trata de un contrato **oneroso**, en el sentido del art. 1274, CC. En este sentido, si hay un contrato típico que constitutivamente suponga la prestación de servicios asalariados, ese es el *Contrato de Trabajo*, regulado en el TRETrab./1995, como se deduce de sus arts. 1, nº s 1 y 3, apdo. e), y 26 al 33, en los que se refleja que el Contrato de Trabajo tiene por objeto la prestación por cuenta ajena de “*servicios retribuidos*” y que esa retribución adopta la forma de “*salario*”.

Pero la principal característica diferenciadora del Contrato de Trabajo, respecto de otros contratos no-laborales, que pudieran presentar su misma estructura –contrato de prestación remunerada de servicios- reside en el dato de la –tradicionalmente denominada- “*dependencia*” ⁽⁸⁹⁾. En efecto: sucede que el salario es un tipo de prestación; un tipo de obligación que *surge de varios contratos diferentes*, de los pertenecientes a la categoría de los contratos *de servicios*; es decir: de aquellos contratos que tienen por objeto y causa *producir obligaciones de hacer, efectuadas en interés ajeno* ⁽⁹⁰⁾. Uno es el Contrato *civil* de Arrendamiento de Servicios, contemplado en los arts. 1542, 1544 y 1583 al 1588 del Código civil, de cuyo contrato se dice que hay que pagar al sirviente doméstico el correspondiente “*salario*”; concepto éste que –por el contrario- no aparece en el Arrendamiento de Obra, donde el Código no habla de salario, sino de “*precio*” [art. 1599, C.C.].

Por lo que hace a su carácter oneroso, el fenómeno del trabajo dependiente, que se acaba de describir en términos socio-económicos, se caracteriza por la **prestación de servicios por cuenta ajena, remunerados por medio de un “salario”**. Así, de lo dispuesto en el art. 1º, TRETrab. se deduce que el Contrato de

⁸⁸ MONTOYA MELGAR, A.: “*Derecho del Trabajo*”, cit., 30ª ed., p. 270. MARTÍN VALVERDE/RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ/GARCÍA MURCIA: “*Derecho del Trabajo*”, cit., 13ª ed., p. 459. MARTÍNEZ GIRÓN, J.: “Tema 4. El ámbito del Derecho del Trabajo”, en MARTÍNEZ GIRÓN, J., ARUFE VARELA, A y CARRIL VAZQUEZ, X.M.: “*Derecho del Trabajo*”, edit. NETBIBLO, 2004, p. 47.

⁸⁹ MARTÍNEZ GIRÓN, J.: “Tema 4. El ámbito del Derecho del Trabajo”, en MARTÍNEZ GIRÓN/ARUFE VARELA/CARRIL VAZQUEZ, cit., p. 47.

⁹⁰ LUMINOSO, A.: “Capitolo III. I Contratti per l’esecuzione di opere o di servizi”, en VV.AA.: “*Manuale di Diritto commerciale*”, dir. por V. Buonocore, edit. G. Giappichelli, Editore, 2ª ed., Turín, 1999, p. 949, quien señala que su intención es tratar de ciertos contratos que, a diferencia de los que tienen por objeto el intercambio de bienes, que producen obligaciones de dar, versan sobre obligaciones o prestaciones de *hacer*.

Trabajo es “*el que liga a una persona [trabajador] que presta sus servicios a otra [empresario], que los retribuye, organiza y dirige*” ⁽⁹¹⁾. Los servicios que presta el trabajador son servicios retribuidos; remunerados con un *salario*, que constituye –a su vez- el objeto de una obligación, cuyo deudor es el Empresario. Por esta razón, el Contrato de Trabajo se caracteriza por ser bilateral, oneroso, conmutativo y sinalagmático ⁽⁹²⁾. Los créditos por salarios representan la contraprestación por los servicios que el Trabajador- presta al Empresario, con quien se encuentra vinculado por una relación jurídico-privada, denominada laboral, originada en el Contrato de Trabajo, que se caracteriza por la ajenidad, la alienidad y la subordinación.

Como objeto de la contraprestación del Empresario frente al Trabajador, el Salario constituye el objeto de una prestación de *dar*; una prestación caracterizada no tanto por elemento real sobre el que recae, cuanto por el *título jurídico* por el que se devenga, que no es otro que por el Contrato de *Trabajo* ⁽⁹³⁾. Por este motivo, hay que hacer referencia a lo previsto en el **art. 26, nº 1, TRETrab.**, que lleva por título “*Del salario*”, en la versión o en la redacción dada por la disposición adicional vigésima tercera de la Ley 35/2010, 17.09.2010, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo:

“1. Se considerará salario la totalidad de las percepciones económicas de los trabajadores, en dinero o en especie, por la prestación profesional de los servicios laborales por cuenta ajena, ya retribuyan el trabajo efectivo, cualquiera que sea la forma de remuneración, o los períodos de descanso computables como de trabajo.”

⁹¹ ALONSO OLEA,M. y CASAS,M^a.E.: “*Derecho del Trabajo*”, edit. CIVITAS,S.A., 18^a ed., Madrid, 2000, p. 56. MARTÍN VALVERDE/RODRÍGUEZ-SAÑUDO/GARCÍA MURCIA.: cit., 13^a ed., p. 459, quienes añaden que el trabajador se compromete a “*prestar sus servicios por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona física o jurídica*”, que no es sino el empleador o empresario. ALBIOL,I., CAMPS,L.M., LÓPEZ GANDÍA,J. y SALA,T.: “*Compendio de Derecho del Trabajo. Fuentes y Contrato Individual*”, edit. TIRANT LO BLANCH, 2^a ed. actualizada hasta septiembre de 2000, Valencia, 2000, p. 133. VIDA SORIA,J., MONEREO,J.L. y MOLINA,C.: “*Manual de Derecho del Trabajo*”, edit. COMARES, 2^a ed., Granada, 2004, p s. 333 y ss., desde una perspectiva subjetiva-funcional, que atiende más a la “*relación*” de trabajo, que al “*contrato*” de trabajo.

⁹² ALONSO OLEA/CASAS.: cit., 18^a ed., ps. 57 y s.

⁹³ ALONSO OLEA/CASAS.: cit., 18^a ed., ps. 325 y s. ALBIOL/CAMPS/LÓPEZ GANDÍA/SALA.: “*Compendio...*”, cit., 2^a ed., p. 133, quienes señalan –aunque el término no termina de gustarme, formalmente- que el Contrato de Trabajo es un contrato *cambiario*, en el que las partes persiguen intereses contrapuestos: trabajo [el Empresario], frente a *retribución* [el Trabajador].

En ningún caso, incluidas las relaciones laborales de carácter especial a que se refiere el artículo 2 de esta Ley, el salario en especie podrá superar el 30 por 100 de las percepciones salariales del trabajador, ni dar lugar a la minoración de la cuantía íntegra en dinero del salario mínimo interprofesional”.

De las palabras del precepto –que son todo lo que se quiera menos claras y aporéticas (⁹⁴)- se deducen varias notas características y esenciales del concepto de Salario; a saber:

1. En primer lugar, que el Salario constituye la prestación principal del empresario, como compensación por la prestación de servicios realizada por el trabajador (⁹⁵), de modo que la noción legal se corresponde con la noción doctrinal (⁹⁶).
2. Toda retribución recibida por el trabajador de su empresario se presume salario, salvo prueba en contrario (⁹⁷). Por consiguiente, es el Empresario el que tiene que probar que la remuneración o atribución patrimonial efectuada, a favor del trabajador, no tuvo lugar en concepto de salario (⁹⁸).
3. La naturaleza salarial o extrasalarial de una determinada percepción económica es independiente de la denominación o calificación formal que le atribuyan las partes, sea en el marco de un convenio colectivo, o bien en el correspondiente contrato laboral (⁹⁹): el único criterio relevante para la calificación de una percepción como salario, opara la denegación de semejante calificación será **“la causa, finalidad o función que persiga su**

⁹⁴ MOLERO MANGLANO,C.: *“Derecho Laboral empresarial para directivos no juristas, Facultades de empresariales y Escuelas de Negocios”*, edit, McGRAW-HILL, Madrid, 1998, p. 84.

⁹⁵ GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN,I.: *“Manual de Derecho del Trabajo”*, edit. TIRÁNT LO BLANCH, 3ª ed., Valencia, 2013, p. 392: salario es la totalidad de las percepciones de los trabajadores, en dinero o en especie, por la prestación profesional de servicios por cuenta ajena, ya retribuyan el trabajo efectivo, cualquiera que sea la forma remuneración, o retribuyan los períodos de descanso computables como de trabajo. MANEIRO VÁZQUEZ,Y.: “Tema 7. El Salario”, en VV.AA.: *“Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social para titulaciones no jurídicas”*, dir. por T.Velasco Portero, P.Núñez-Cortés Contreras y J.Mª.Miranda Boto, edit, TECNOS (GRUPO ANAYA,S.A.), 2ª ed., Madrid, 2011, p. 105.

⁹⁶ ALONSO OLEA/CASAS.: cit., 18ª ed., p. 326.

⁹⁷ MANEIRO VÁZQUEZ,Y.: “Tema 7. El Salario”, cit., p. 106.

⁹⁸ MANEIRO VÁZQUEZ,Y.: “Tema 7. El Salario”, cit., p. 106.

⁹⁹ MANEIRO VÁZQUEZ,Y.: “Tema 7. El Salario”, cit., p. 106.

retribución”⁽¹⁰⁰⁾.

Por consiguiente, parece claro que lo que caracteriza al salario es su **naturaleza** y su **fundamento causal**: el salario es toda aquella percepción económica **“por la prestación profesional de los servicios laborales por cuenta ajena”**; factor que determina la salarialidad o laboralidad de la retribución, cualquiera que sea su forma: en dinero, o en especie⁽¹⁰¹⁾... Mas, a pesar de que el precepto se extiende –extiende el concepto de “salario”- a **“la totalidad”** de las percepciones, no es posible desconocer que existen otras sumas que percibe el Trabajador; sumas que le son debidas por otros conceptos; sumas que –a veces- ni siquiera se deben al propio Trabajador, *“in persona”*. En este sentido, deben entenderse excluidas del supuesto analizado o, mejor, no pertinentes a él, los créditos indemnizatorios/resarcitorios por cesación de la relación laboral; es decir: las indemnizaciones por despido⁽¹⁰²⁾, los créditos indemnizatorios/resarcitorios por daños sufridos por el Trabajador, en la esfera extracontractual, aunque con ocasión del desempeño de su actividad. Asimismo hay que considerar que no entran dentro del concepto de salario, los créditos que ostenta la Seguridad Social, por su acción de cobertura de las contingencias que afecten a los trabajadores. Pues bien; partiendo de esta base, no es posible no advertir que existen diversos puntos o planos, en los que se produce esa suerte de proceso de intercambio o de tráfico de instituciones entre Derecho Laboral y Derecho Mercantil, o –siquiera- Derecho privado patrimonial [no laboral], que afecta –concretamente- a la estructura de las relaciones derivadas del contrato de trabajo, que experimentan un proceso de alteración; de *“consorcialización”* –que las aleja del modelo clásico de relaciones laborales-, por un lado, y que afecta –por otra parte- a la estructura de relaciones jurídicas contractuales no laborales, aproximándolas a la órbita del Derecho –digamos- *“Social”*.

En primer lugar, podríamos hablar de la *“mercantilización”* o *“societarización”* o *“consorcialización”* del Salario, como **paradigma de la retribución laboral**, a través –con frecuencia- del expediente de **convertir a los empleados en “socios”**, aunque en el bien entendido de que esa “conversión” podría limitarse a serlo sólo en un sentido figurado, limitado o, mejor dicho, no excluyente del originario vínculo jurídico-laboral. Ahora bien; hecha esta matización, cabe señalar que, por lo mismo que se trata de **“la totalidad”** de las percepciones que tengan esa especialísima *“causa salarial”*, la conclusión lógica a la que cabe llegar es que han de considerarse comprendidas en la calificación de

¹⁰⁰ MANEIRO VÁZQUEZ, Y.: “Tema 7. El Salario”, cit., p. 106.

¹⁰¹ GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: *“Manual ...”*, cit., 3ª ed., ps. 392 y ss. MOLERO MANGLANO, C.: *“Derecho Laboral empresarial ...”*, cit., p. 84.

¹⁰² Que tanta importancia tienen en el ámbito concursal laboral, ya que –precisamente- la Ley 11/1994, de 19.5.1994 había reformado el art. 32 del Estatuto de los Trabajadores [la versión original, de 1980], con la finalidad de *incluir* en él las indemnizaciones por *despido*.

“salario” las retribuciones que adoptan la forma de **participación en beneficios**, que –en principio- pueden jugar de dos maneras: como “**complementos del salario**” y/o como **forma de salario**. En cierto sentido, ambos aspectos están relacionados y –además- lo están por un factor limitador: “*el salario en especie [nunca] podrá superar el 30 por 100 de las percepciones salariales del trabajador, ni dar lugar a la minoración de la cuantía íntegra en dinero del salario mínimo interprofesional*”.

Por este motivo, las características de conmutatividad y estabilidad; es decir: no-aleatoriedad, del Salario convencional o tradicional, no empecen a la posibilidad de abonar **otras retribuciones adicionales**, que podríamos calificar o describir como “**consorciales**”, por cuya virtud el Trabajador que las ha de percibir se hace partícipe en los resultados de la empresa. Tal es el caso cuando se concede a los trabajadores una **participación en los resultados económicos de las sociedades**, en las que se hallan prestando sus servicios, sin dejar de ser trabajadores ni convertirse en socios. En cualquier caso, **la remuneración mediante participación en beneficios posee un “carácter salarial”**, que se halla “*implícito en el art. 26.3 [TRETrab.], que incluye entre otros complementos salariales los fijados en función de los ‘resultados de la empresa’*” ⁽¹⁰³⁾, porque –efectivamente- de acuerdo con el **art. 26, nº 3, TRETrab.**, se establece que:

“Mediante la negociación colectiva o, en su defecto, el contrato individual, se determinará la estructura del salario, que deberá comprender el salario base, como retribución fijada por unidad de tiempo o de obra y, en su caso, complementos salariales fijados en función de circunstancias relativas a las condiciones personales del trabajador, al trabajo realizado o a la situación y resultados de la empresa, que se calcularán conforme a los criterios que a tal efecto se pacten. Igualmente se pactará el carácter consolidable o no de dichos complementos salariales, no teniendo el carácter de consolidables, salvo acuerdo en

¹⁰³ MONTOYA MELGAR,A.: “*Derecho del Trabajo*”, cit., 30ª ed., p. 386. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN,I.: “*Manual ...*”, cit., 3ª ed., ps. 398 y s., en relación con las “*stock options*”, de las que dice que constituyen o que persiguen como finalidad –entre otras- un refuerzo de la motivación, recompensando al Trabajador por resultados positivos o por el aumento de valor de la empresa. Para concluir afirmando que su condición laboral es la de salario en dinero [Afirmación en apoyo de la cual cita dos STSS. de 24.10.2001]

contrario, los que estén vinculados al puesto de trabajo o a la situación y resultados de la empresa”,

Lo cual significa –indiscutiblemente- que **los llamados “complementos salariales” forman parte de “la estructura del salario”,** junto con “el salario base, como retribución fijada por unidad de tiempo o de obra”. Y que, por consiguiente, forman parte de “la estructura del salario”, incluso aquellos complementos salariales “*fijados en función de circunstancias relativas a las condiciones personales del trabajador, al trabajo realizado o a la situación y resultados de la empresa, que se calcularán conforme a los criterios que a tal efecto se pacten*”. Por consiguiente, la noción de “**complemento**” sugiere –cuando menos, en algunos casos (¹⁰⁴)- una **identidad de naturaleza** de él, con aquello otro; con aquella cosa, cualidad o circunstancia, a la que el complemento se añade... para hacerla íntegra o perfecta (¹⁰⁵). El “*complemento*” y “*lo complementado*” –en el fondo- son una misma cosa; comparten una misma naturaleza, pues, si no fuese así, el complemento no produciría, sobre la cosa, cualidad o circunstancia a la que se añade, el efecto de hacerla “*íntegra*” o “*perfecta*”. Y, ciertamente, esta afirmación resulta complementemente acertada y veraz, cuando se trata del Salario laboral, pues esa tercera acepción de la voz **complemento**, ya nos dice que es una “*retribución que percibe el trabajador por circunstancias singulares de su puesto de trabajo*”. Y si retribución es “*pago de algo*”; pago “*por*” algo, y la percibe el Trabajador, en principio, cabe presumir – art. 6, TRETrab.- que la percibirá en calidad de **salario**, incluso aunque para percibirla se tenga en cuenta el factor de las circunstancias singulares de su puesto de trabajo.

Además, el propio art. 26, nº 3, refleja –con carácter un tanto excepcional, dado el contexto juslaboralista y salarial en que se enmarca dicho precepto- que existe una cierta **libertad contractual**, en este ámbito, ya que se establece que **aquellos complementos salariales “fijados en función de circunstancias relativas ... a la situación y resultados de la empresa, ... se**

¹⁰⁴ En otras ocasiones, la voz “complemento” no sugiere identidad de naturaleza, sino todo lo contrario: diversidad de ella, entre el complemento y la cosa, cualidad o circunstancia a la que se añade. En este sentido, me remito a las definiciones contenidas en el Diccionario de María MOLINER.

¹⁰⁵ De hecho, resulta especialmente significativo el hecho de que, de acuerdo con el Diccionario R.A.E., la voz complemento (Del lat. *complementum*) posea nada menos que ocho -8- distintas acepciones, de las cuales, dos o tres resultan especialmente pertinentes en este momento y circunstancias; a saber: 1. m. Cosa, cualidad o circunstancia que se añade a otra para hacerla íntegra o perfecta. 2. m. Integridad, perfección, plenitud a que llega algo. 3. m. Retribución que percibe el trabajador por circunstancias singulares de su puesto de trabajo.

calcularán conforme a los criterios que a tal efecto se pacten”. Esto, digo, resulta llamativo o significativo, en el ámbito de los contratos laborales, porque es cosa bien sabida que –en el ámbito de los contratos de trabajo- se produce una evidente reducción o limitación de la autonomía contractual privada (¹⁰⁶).

Desde luego, es obvio que la Acción de Sociedad anónima o la Participación social de Sociedad de Responsabilidad Limitada confieren al socio el **derecho al dividendo**, como derecho a participar en las ganancias sociales; en los resultados positivos de ejercicio; un derecho que es –en buena medida- **aleatorio**, ya que su naturaleza no es la de un interés fijo, sino la de una remuneración variable, que consiste en una porción de los beneficios repartibles, que no son fijos, ni están garantizados a todo evento, sino que constituyen el aspecto positivo del **riesgo de empresa**, que asume el Empresario societario. En este sentido, parece lógico que, en el seno de una sociedad anónima, una vía para proporcionar a empleados directivos y cuadros medios vinculados con la Sociedad, en virtud de una relación de trabajo, un complemento salarial, asociado a los resultados de la empresa social... sea proporcionarles una **participación en beneficios**. Bien; pero sucede que la participación en beneficios es una relación jurídica, en cierto sentido, **de causa variable**, porque el simple hecho de participar alguien en los beneficios obtenidos por otro, puede responder a títulos jurídicos muy diversos: a) En primer lugar, la relación jurídica de **sociedad** [arts. 1665, CC. y 116, Cco., entre otros muchos, incluyendo el art. 48, del Texto refundido de la Ley de Sociedades anónimas, de 22.12.1989]; b) en segundo lugar, la **aparcería** [art. 1579, CC.]; c) en tercero, las **Cuentas en participación** [arts. 239 al 243, Cco.]; d) en cuarto lugar, la **Anticresis** [arts. 1881 y 1885, CC.] y –por supuesto– en quinto lugar, el **Contrato de trabajo**, cuando así se pacta, conforme al art. 26, TRETrab. Una conclusión que se deduce de esto es que, aunque la participación en beneficios sea una relación jurídica de causa variable –o quizá por eso mismo-, no cabe confundir; no cabe mezclar, indiscriminadamente, los diferentes tipos de títulos jurídicos que pueden dar lugar a que un sujeto participe en los beneficios obtenidos por la actividad de otro. MONTOYA MELGAR lo advierte, así, claramente, en relación con el pacto o cláusula de participación en beneficios, como complemento salarial: *“el trabajador que participa en los beneficios no se convierte, sin más, en socio, pues ni devenga dividendos, ni participa en las pérdidas, y mantiene en todo caso su derecho al salario mínimo, como en su día especificó el art. 1.3ª de la O. De 05.02.1963”* (¹⁰⁷).

¹⁰⁶ ALONSO OLEA, M.: *“Derecho del Trabajo”*, edit, SERVICIO DE PUBLICACIONES DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID, 6ª ed. renovada, Madrid, 1980, ps. 28 y s.

¹⁰⁷ MONTOYA MELGAR, A.: *“Derecho del Trabajo”*, cit., 30ª ed., p. 386.

El Empresario está obligado al pago puntual del salario correspondiente al trabajador (¹⁰⁸), tanto si se trata de un salario en metálico, como si se trata de un salario en especie; es decir: aquel salario que “*consiste en una atribución patrimonial distinta al dinero, ya sea para uso o consumo directo del trabajador o de su familia, o bien para su transmisión a otros mediante un precio*” (¹⁰⁹), y cuya licitud viene reconocida por el propio art. 26, nº 1, TRETrab.

El salario en especie ha de ser convertible en dinero; debe poseer entidad económica suficiente, de manera que su recepción por el trabajador suponga un incremento patrimonial equivalente al valor del trabajo que se trata de remunerar. También es necesario que se percibe de forma individual o individualizable (¹¹⁰).

Ahora bien; el legislador laboral remite la fijación de la estructura del salario a la negociación colectiva, o bien a la autonomía privada, materializada en el contrato individual de trabajo (¹¹¹), lo que incluye, no sólo la previsión del salario-base, sino también la de eventuales complementos salariales, fijados en atención a circunstancias relativas a las condiciones personales del trabajador, al trabajo realizado o a la situación y resultados de la empresa, conforme a los criterios que a tal efecto se pacten, entre las partes (¹¹²). Todos estos fenómenos conectan con el **art. 129, Const.Esp.** (¹¹³). En especial, el primero y el tercero de los fenómenos descritos se han “remozado” y han alcanzado una notable actualidad, por el fenómeno de las “*stock-options*”, que constituyen “*contratos por cuya virtud una Sociedad concede a sus administradores o empleados la facultad de adquirir –a un precio más ventajoso- acciones o participaciones representativas de su capital social, o del capital de una tercera sociedad del grupo, pudiéndose ejercitar esta facultad en una fecha determinada o bien dentro de un período de tiempo dado*”. Consecuencia o efecto de estos contratos es “*un derecho que de forma onerosa o gratuita, confiere la empresa al empleado, para que este en un plazo determinado pueda adquirir acciones de la propia compañía o de otra vinculada, estableciéndose para ello un precio, frecuentemente el valor de la acción en Bolsa, el día que se otorga el derecho, posibilitando que, tras el vencimiento del momento de ejercicio de la opción y una vez ejercitada, el trabajador pueda percibir, bien la diferencia del precio entre ambos momentos –el de otorgamiento y el de ejercicio-, bien las propias acciones, al precio fijado en el momento de otorgamiento del*

¹⁰⁸ MANEIRO VÁZQUEZ, Y.: “Tema 7. El Salario”, cit., p. 106.

¹⁰⁹ MANEIRO VÁZQUEZ, Y.: “Tema 7. El Salario”, cit., p. 107.

¹¹⁰ MANEIRO VÁZQUEZ, Y.: “Tema 7. El Salario”, cit., p. 107.

¹¹¹ MANEIRO VÁZQUEZ, Y.: “Tema 7. El Salario”, cit., p. 109.

¹¹² MANEIRO VÁZQUEZ, Y.: “Tema 7. El Salario”, cit., p. 109.

¹¹³ FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: “Participación de los trabajadores y directivos en el capital de las Sociedades anónimas. Exámen de la cuestión en Derecho societario”, en RDM., 1999, nº 234, octubre-diciembre, p. 1363.

derecho”, y que persiguen como finalidad –entre otras- un refuerzo de la motivación, recompensando al Trabajador por resultados positivos o por el aumento de valor de la empresa, que no deja de tener un importante apoyo constitucional, en el **art. 129, Const.Esp.** (¹¹⁴), atribuyéndoseles la condición laboral de **salario en dinero** [Vid. STSs. de 24.10.2001], ya que –ciertamente- retribuyen la prestación de servicios en régimen laboral, por sus titulares (¹¹⁵).

Y han dado lugar a corruptelas y escándalos como los de las “**tarjetas opacas**”

Asimismo, **Derecho Mercantil, Derecho Laboral y Derecho Procesal** han interactuado, tradicionalmente, en orden a la protección del Trabajador, a través de la **protección del salario y otros créditos laborales** –no salariales- **en el seno del Concurso**: no sólo a créditos que pudieran tener su origen –“*lato sensu*”- en el Contrato de Trabajo; sea en su normal desarrollo, o bien en caso de extinción del mismo [art. 84, nº 2, apdo. 5º, “*in fine*”], sino también créditos cuyo origen y naturaleza giren en torno a la existencia de la relación laboral, pero que no deriven directamente de ella, tales como –p.e.- las obligaciones [tributarias] de cotización a la Seguridad Social, se benefician de una protección especial por parte de nuestra Ley Concursal nº 22/2003 [art. 91, nºs 3 y 4], o incluso las sanciones o recargos por impago de recargos por incumplimiento de obligaciones en materia de salud laboral [arts. 84, nº 5 y 91, nº 1]. Como se podrá apreciar, de todos ellos hay presencia, ora entre las Deudas de la Masa, ora bien entre los créditos concursales con privilegio general (¹¹⁶).

¹¹⁴ FERNÁNDEZ DEL POZO,L.: “Participación de los trabajadores y directivos en el capital de las Sociedades anónimas. Exámen de la cuestión en Derecho societario”, en RDM., 1999, nº 234, octubre-diciembre, p. 1363. A pesar de las críticas que le merecen, tanto el sistema de “*stock options*”, como el de asistencia financiera para la adquisición de acciones propias, SÁNCHEZ ANDRÉS,A.: “Capítulo I Stock options, asistencia financiera y otras paradojas (el revés de la trama)”, en ALONSO GONZÁLEZ,L.M., DESDENTADO BONETE,A., LIMÓN LUQUE,M. y SÁNCHEZ ANDRÉS,A.: “*Stock-options, Tres Perspectivas: Mercantil, Laboral y Fiscal*”, edit. THOMSON-ARANZADI,S.A., Cizur Menor (Navarra), 2002, ps. 40 y s. reconoce que la excepción establecida a favor de las operaciones de “*auxilio a los trabajadores, para facilitarles la adquisición de acciones de la propia sociedad a la que prestan sus servicios*”, que se justifica “*por razones de política social; es decir: ara permitir al personal algún acceso a la propiedad de la empresa; por cierto, no sólo a costa del bolsillo de los socios sino con una orientación que esta vez sí resulta claramente ‘institucionalista’*”.

¹¹⁵ ALZAGA RUIZ,I.: “*Las Stock Options. Un estudio desde el punto de vista del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*”, edit. THOMSON – CIVITAS/INSTITUTO DE ESTUDIOS ECONÓMICOS, Madrid, 2003, *passim*. FERNÁNDEZ DEL POZO,L.: “Participación de los trabajadores...”, cit., ps. 1361 y s. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN,I.: “*Manual ...*”, cit., 3ª ed., ps. 398 y s.

¹¹⁶ DESDENTADO BONETE,A. y DESDENTADO DAROCA,E.: “V. Los Créditos de Seguridad Social en la nueva Ley Concursal”, en VV.AA.: “*La Reforma Concursal: aspectos ACDCT, VOL. VII (2015), ISSN: 1889-4224, PÁGS. 61-120*”

Por fin; ejemplo de recíproca influencia entre Derecho Mercantil y Derecho Laboral es el régimen de las **indemnizaciones por despido o cese de altos directivos**, que tantos problemas han generado en el ámbito de las instituciones financieras en crisis: desde luego, si su condición es laboral, es obvio que habrá que considerar si el despido fue procedente o improcedente [o inclusive, nulo], porque sólo si es improcedente tendrían derecho a indemnización. Si, por el contrario, el despido es procedente, entonces **perderán el derecho a indemnización**. En este sentido, el **art. 55, nº 7, TRETrab.** establece que “[e]l despido procedente convalidará la extinción del contrato de trabajo que con aquél se produjo, sin derecho a indemnización ni a salarios de tramitación”.

Si su condición es **mercantil**, hay que recordar que el art. 50, Cco. hace aplicación a los contratos mercantiles de las reglas generales sobre los contratos, contenidas en el Derecho común, comenzando por la exigencia de **causa lícita**, siendo así que –de conformidad con el art. 1274, CC.- en los contratos onerosos “*se entiende por causa, para cada parte contratante, la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte*”, y que –además- el art. 1275, CC. dice que no es lícita, la que “*se opone a las leyes o a la moral*”. Por consiguiente, una sedicente indemnización por cese, **como tal “indemnización”, debe responder a un fundamento causal lícito** que, en mi opinión, exige tres cosas:

1.- Que se indemnice un **daño derivado de la pérdida de ingresos por retribuciones** que la caja debiera al directivo.

2.- **Que, verdaderamente, la Empresa debiera retribuciones al directivo...** porque éste hubiera desarrollado debidamente “*la prestación o promesa de (un) servicio*”; de sus servicios característicos, como vocal, ya que tales servicios son la causa de la retribución que podría perder, con su cese.

3.- **Que, incluso entonces, la cuantía de la indemnización –que debe justificarse causalmente- no resultara “opuesta a las leyes [ni tampoco] a la moral”.** Frente a este último argumento, considero que no vale aducir que existe libertad de pactos... e incluso que el art. 344, Cco. excluye la rescisión por lesión, ya que una cosa es poder pactar –“*in abstracto*”- indemnizaciones millonarias o indemnizaciones modestas... y otra cosa muy distinta es que, a la hora de reclamarlas, las circunstancias hayan teñido la reclamación de inmoralidad.

laborales y de Seguridad Social”, coord. por I. García-Perrote Escartín, edit. “LEX NOVA”, Valladolid, 2004, ps. 424 y ss.

Y es que, en efecto, diversos preceptos del Código de comercio contemplan supuestos en los cuales el Comisionista –que es el modelo fundamental de colaborador que se contempla- se hace responsable de los daños diversos que cause a su comitente, de modo que –para empezar- sería difícil de justificar, cusalmente, el abono de una indemnización... a alguien que ha causado graves daños a aquel que debe indemnizarle.

Recientemente, la regulación especial de un “*Estatuto del Trabajo autónomo*” revela otro curioso fenómeno de comunicación entre Derecho Mercantil y Derecho Laboral: como quiera que el Derecho Mercantil y –asimismo el Derecho Civil- no fueron capaces, según se ha expuesto, de seguir la senda que terminó por dar nacimiento al moderno Derecho Laboral, la aparición de este último abrió, de inmediato, una brecha –si no dos- que separaron –y separan- a las personas que hacían su profesión y su “*modus vivendi*” de la prestación de servicios a otros, en dos o tres grandes grupos: a) Los empresarios prestadores de servicios; b) Los trabajadores por cuenta ajena, y c) los prestadores de servicios que, no siendo trabajadores asalariados, tampoco merecían ser calificados como empresarios.

Es como si cada uno de esos grupos hubiera quedado situado a cada uno de los lados separados por esas brechas: los primeros –los empresarios prestadores de servicios- quedaban sometidos, por ser empresarios, al Derecho mercantil, ya que el Derecho mercantil es el Derecho “*de los empresarios, en el ejercicio de su actividad de empresa*”. Los segundos –los trabajadores-, al Derecho Laboral... y los terceros, que ni eran trabajadores asalariados por cuenta ajena, ni tampoco empresarios, *supuestamente* sometidos al régimen del Derecho *civil*, especialmente, en materia de contratos civiles de prestación de servicios [Arrendamientos de obras y/o servicios, Contrato de Mandato, Contrato de Depósito...]. Ahora bien; esos tres ámbitos no resultan estancos ni indiferentes, los unos respecto de los otros: para empezar, el Derecho mercantil se ocupa de los empresarios y las empresas, y estos últimos presentan un vínculo doble con las actividades de prestación de servicios; a saber:

- A. El Empresario suele organizar, entre los factores de la producción, no sólo el capital –es decir: tanto el capital real como el capital financiero; los activos reales y los activos financieros-, sino también el **capital “humano”**, formado por los servicios que le proporcionan a él, otras personas, las cuales –típicamente- suelen estar relacionadas con el empresario por un vínculo contractual laboral.

- B. El Empresario, con mucha frecuencia, pertenece al **sector terciario**; al sector de los servicios, de forma que él mismo hace su profesión y hace su giro profesional típico, de la prestación a terceros, de sus propios servicios. Si en el caso anterior, el empresario aparecía como acreedor de los servicios... aquí aparece como deudor de esos servicios: en el primero caso, los recibía, ahora los proporciona a otros, que tanto pueden ser empresarios como consumidores... e incluso entes públicos.

Pues bien; en el primer caso, el Empresario puede verse sometido – indistintamente- al Derecho mercantil, al Derecho Laboral o al Derecho civil, aunque la aplicación de este último parezca algo secundario y cuasiexcepcional, porque –típicamente- el Empresario **obtiene servicios: bien de sus trabajadores asalariados** [empleados por cuenta ajena, en régimen jurídico-laboral], **o bien de otros empresarios independientes, pertenecientes al sector-servicios** [Comisionistas, agentes, mediadores, porteadores, almacenistas, entidades de crédito, entidades aseguradoras, empresas navieras y compañías aéreas, empresas de consultoría e ingeniería y un largo etcétera], e incluso de **colaboradores no laborales... que pasan a integrarse en el propio empresario, cuando éste es persona jurídica** [Socios de trabajo o industria; administradores sociales, auditores de cuentas]. De estos tres grupos, el primero queda sometido al Derecho Laboral o Derecho del Trabajo, mientras que el segundo y el tercero parecen sometidos al Derecho mercantil, y –acaso- se pueden llegar a encontrar en una zona gris entre el Derecho mercantil, el Derecho laboral y el Derecho civil, y aun hay que advertir que **el Derecho Mercantil y el Derecho Laboral poseen, cada uno, su propia “vis atractiva” –más intensa, quizás, por parte del Derecho del Trabajo-, de modo que, a poco que uno se descuide, la relación de prestación de servicios fácilmente escaparía del simple Derecho civil... para caer en el campo gravitatorio del Derecho Laboral, o –más raramente, pero no mucho más- en el campo gravitatorio, también con sus propias fuerzas de marea, del Derecho Mercantil.**

En este sentido, me atrevo a proponer una metáfora tomada de la Astronomía o de la Astrofísica: me refiero a los fenómenos que se producen cuando un agujero negro se forma cerca de una estrella, lo que suele suceder en sistemas estelares binarios; en sistemas donde existen, no una, sino dos o más estrellas... y una de ellas colapsa y, debido a su enorme masa, se convierte en agujero negro. Pues bien; en estos casos, es frecuente que este último se forme justo a la distancia en la que la singularidad afecta a la otra u otras estrellas próximas, comenzando a devorarlas poco a poco. En tales casos, desde la Estrella “supérstite” –me permitiré aplicar un adjetivo muy jurídico a un fenómeno astronómico- comienzan a desprenderse capas de materia

estelar, que siguiendo un curso espiral consecuencia de la propia rotación de la estrella y la del propio agujero negro, van siendo atraídas hacia este último, que engulle la materia de la estrella con la que convive en una relación “parasitaria”. Pues bien, pasemos a materializar, de una buena vez, la metáfora: imaginemos que la Estrella supérstite es aquel sujeto que presta sus servicios profesionales a un empresario... o a un consumidor. Si este prestador de servicios no posee su propia organización empresarial, es muy fácil que termine integrado con el destinatario de sus servicios en una relación de índole laboral... porque el Derecho del Trabajo, a manera de “*agujero negro*”, una vez situado próximo a esta relación, funciona como una verdadera singularidad gravitacional, con tal poder de atracción, que muy probablemente comience a atraer la relación socioeconómica de prestación de servicios fuera del ámbito general del Derecho Civil; a desprenderla de éste, como el “*agujero negro*” va absorbiendo capas de materia de la estrella vecina, arrebatándoselas, hasta terminar tragándosela entera: llevándola por completo al ámbito del Derecho del Trabajo.

Por el contrario, si el prestador de servicios posee su propia organización empresarial –sus propios trabajadores, establecimiento, fondo de comercio, clientela...-, es muy fácil que termine integrado con el destinatario de sus servicios en una relación de índole mercantil... porque es, ahora, el Derecho Mercantil la rama del ordenamiento que, a manera de “*agujero negro*”, una vez situado próximo a esta relación, funciona como esa singularidad gravitacional, cuyo poder de atracción –ciertamente algo menor que el del Derecho Laboral, pero también muy intenso-, probablemente atraiga a su seno la relación socioeconómica de prestación de servicios, extrayéndola fuera del ámbito general del Derecho Civil; desprendiéndola de éste, como el “*agujero negro*” va absorbiendo capas de materia de la estrella vecina, arrebatándoselas, hasta terminar tragándosela entera: llevándola por completo al ámbito del Derecho Mercantil, como Derecho “*de los empresarios, en el ejercicio de su actividad constitutiva de empresa*”.

Pero el fenómeno astronómico o astrofísico descrito puede detenerse, interrumpirse o abortarse, si se dan ciertas condiciones; a saber: que la Estrella supérstite se halle a una distancia tal del agujero negro-parásito... que las fuerzas de marea de este último, no logren arrancar materia a la primera, y que ese agujero negro no haya podido incrementar su masa, atrayendo materia de otros cuerpos celestes, quedando en una especie de estado estacionario; de latencia e inactividad momentánea. Pues bien; expuestas así las cosas, cabe preguntarse si esos dos “*agujeros negros*” denominados Derecho Laboral o Derecho del Trabajo, y Derecho Mercantil, se hallarán a una distancia suficientemente reducida como para haber absorbido suficiente masa –temática e institucional- y haber engullido, con el poder de su fuerza gravitacional, toda la masa de la Estrella *de la prestación de servicios*. O si, por el contrario, la distancia entre esta última y aquéllos era tal que ninguno de ellos ha sido capaz de absorber para sí toda la materia de la relación de *prestación de*

servicios. Esta última posibilidad era infrecuente, aunque no imposible, y, en cualquier caso, podía dar lugar a que la citada relación de *prestación de servicios*, huída o arrebatada del Derecho Civil... acabase quedando en una suerte de “*horizonte de sucesos*”. Porque –y sigo con las metáforas- los “agujeros negros”, con su extrema fuerza gravitacional que es capaz de provocar una «curvatura del espacio-tiempo», también dan lugar a una singularidad envuelta por una superficie cerrada, llamada “*horizonte de sucesos*”, que separa la región del agujero negro del resto del universo y es la superficie límite del espacio a partir de la cual ninguna partícula puede salir. Y, en este sentido, pudiera suceder que –por las circunstancias socioeconómicas que la rodean, y en cuyo contexto se lleva a cabo- la relación de prestación de servicios, escapando del Derecho Civil, y aproximándose al Derecho Mercantil, no por éllo dejase de experimentar el “*tirón gravitatorio*” del Derecho Laboral. Este fenómeno es el que ha marcado la evolución del régimen jurídico de “*los autónomos*”: profesionales independientes que no son trabajadores; no son empleados por cuenta ajena, dependientes, integrados en la comunidad de trabajo que dirige el empresario, pero cuya propia organización económica es de pequeñas dimensiones y, por eso, al mismo tiempo que se veían sometidos al rigor propio del “*status*” del empresario..., veían –también- cómo se escapaba de sus manos la protección deparada a los trabajadores por el Derecho Laboral. Porque –por definición- los autónomos, a poca que fuera la organización productiva que empleasen, por reducidos que fueran sus recursos de capital y de trabajo ajeno que empleasen en su comercio, eran considerados empresarios o comerciantes, y sus contratos de prestación de servicios a tercero no se consideraban como contratos de trabajo, sino como **contratos mercantiles**.

Pues bien; la porfía histórica de los autónomos; de estos pequeños empresarios o profesionales-personas físicas, que no podían o no querían formar parte de la empresa de otro, como trabajadores asalariados, fue **obtener –al menos, en parte- un tratamiento legal más beneficioso**, merced a la aplicación a ellos de siquiera **algunas instituciones propias del mundo del Derecho del Trabajo... “y de la Seguridad Social”**, lo que han conseguido gracias a la **Ley nº 20/2007, de 11.07.2007, del Estatuto del Trabajo autónomo** [LETrab.aut.], que regula dicha actividad que se califica como de “*trabajo autónomo*”, desarrollada por personas físicas que, en régimen de independencia laboral, propiamente dicha, prestan servicios a terceros y precisan de un mayor nivel de **protección**, que -paradójicamente- les viene deparada por el **Derecho Laboral**, aunque los **sujetos afectados -rectius**, los beneficiarios- **no son trabajadores**, propiamente dichos.

2.3. La Seguridad Social; del Derecho del Seguro privado, al Derecho Laboral

Como señalé anteriormente, un ejemplo palpable y paradigmático del proceso de intercambio de instituciones, entre el Derecho Mercantil y el Derecho Laboral, lo constituye la institución de la **Seguridad Social**.

Estrecha –pero parcialmente- relacionado con el Derecho Mercantil, el “*Derecho de seguros*”- abarca todas las formas de aseguramiento y todos los niveles del fenómeno del Seguro, lo cual excede del ámbito del Seguro privado, porque existe una actividad aseguradora –dicho sea “*lato sensu*”- que no puede calificarse como privada, y no sólo no puede calificarse como privada, sino que –además- su desprivatización o “*desprivaticidad*” llegan a tal extremo que absolutamente *todos* los aspectos de su régimen, o casi, pertenecen a la órbita del Derecho *público*, faltando –incluso- la *relación contractual de aseguramiento*. Así, el Derecho de seguros se divide en **dos grandes ramas**, una de las cuales no es de interés, ahora, para nosotros: me refiero el **Derecho de los seguros sociales**, del cual se ha dicho que mantiene con el objeto de nuestro estudio relaciones de **diferenciación** y de **conexión** ⁽¹¹⁷⁾. Por consiguiente, la primera de esas dos grandes ramas es la que se correspondería –en el Ordenamiento jurídico español- **Derecho de la Seguridad Social**, que en Italia se denomina “*Previdenza Sociale*”, y en Alemania “*Sozialversicherung*”, donde predomina abrumadoramente el Derecho público. Mas, como bien señaló GARRIGUES, la separación de los llamados seguros “*sociales*” o social-laborales, respecto del Seguro privado, es un hecho innegable, que tiene como razón de ser el -radicalmente- diverso origen y el hondamente distinto fundamento de las correspondientes relaciones de cobertura, de las que **sólo la relación jurídica de Seguro privado tiene un origen o fundamento contractual** ⁽¹¹⁸⁾. Pero también desde la óptica -más amplia- del Derecho del Seguro privado, como conjunto de normas que se ocupan del *Contrato* y la *Empresa* o el empresario de seguros ⁽¹¹⁹⁾, junto con sus *auxiliares*, tiene sentido esta exclusión, porque -en definitiva- el origen contractual/privado obliga a **excluir** no sólo el análisis de unas **relaciones de “cobertura”** -por no decir: de aseguramiento- **surgidas “ex lege”, sino que** -por lo mismo- hacen **innecesario** ocuparse de las especialidades de **unos hipotéticos sujetos contratantes**, que por definición **no existen**. Consecuencia de lo expuesto es que las diversas leyes de control de la actividad aseguradora excluyen se su ámbito a la Seguridad Social: el **§ 1º, apdo. 1, VAG**. establece que el control público establecido por dicha Ley afecta a las empresas que no son gestoras de la S.S. [“*nicht Träger der Sozialversicherung*”], el **art. L-310-1, párr. 2º, Code des ass.fr.** excluye –más bien- a

¹¹⁷ TAPIA HERMIDA,A.J.: “*Derecho de Seguros y...*”, cit., 1ª ed., p. 16. BATALLER GRAU/LATORRE CHINER/OLAVARRÍA IGLESIA.: cit., p. 16.

¹¹⁸ GARRIGUES DIAZ-CAÑABATE,J.: “*Contrato de Seguro terrestre*”, cit., 2ª ed., p. 3. ALONSO OLEA,M.: “*Instituciones de Seguridad Social*”, cit., 6ª ed., p. 27, quien -luego de señalar que el Seguro Social posee los mismos rasgos económicos que el Seguro privado: *aleatoriedad o incertidumbre individual del siniestro; formación de un fondo mutuo común y tratamiento matemático-financiero*- sitúa el factor distintivo en la obligatoriedad de los seguros sociales.

¹¹⁹ TAPIA HERMIDA,A.J.: “*Derecho de Seguros y...*”, cit., 2ª ed., ps. 11 y s.

ciertas entidades como las “*institutions de retraite et prevoyance*” mencionadas en el art. L-732-1, del “*Code de la Sécurité sociale*” y, por fin, el **art. 4º, LOSup.Solv.EAReas.**, adoptando una perspectiva objetiva o funcional, declara que “[q]uedan expresamente excluidos del ámbito de aplicación de esta ley el régimen general y los regímenes especiales que integran el sistema de Seguridad Social obligatoria” ⁽¹²⁰⁾. Y, a su vez, los textos legales reguladores de la Seguridad Social hacen lo propio, pero a la inversa: declarar **excluído** de su ámbito el régimen del **Seguro privado**, aunque lo hagan de un modo un tanto elíptico, como es el caso del **art. 4º, nº 3, TRLGSS**. Y esto, a pesar de que la Seguridad Social, nacida de la evolución experimentada por el Seguro privado, cuando hubo de extenderse a la cobertura de los riesgos laborales, no puede negar sus raíces en el ámbito del Seguro privado de accidentes, vida y enfermedad, que como consecuencia de un proceso histórico de creciente y progresiva publicización, ha dado lugar a una mastodónica institución, poliédrica, universal... con todas las características de un servicio público, aunque cuya prestación puede llevarse a cabo con la colaboración **de verdaderas sociedades “de Derecho laboral”, no mercantil**: me refiero a las llamadas “*mútuas colaboradoras*”, antaño denominadas “*mutuas patronales de accidentes de trabajo*”, al tiempo que el Derecho Laboral de las Prestaciones de Previsión Social recibe el influjo indirecto de unas aseguradoras mercantiles, de estructura mutualística, las “*mutualidades de previsión social*” .

La mutación “*genética*” que concluyó por expulsar a los “*seguros sociales*”, fuera del ámbito del Derecho Mercantil, y desplazándolos al ámbito Laboral, debe situarse en el plano del *origen de la relación jurídica*; de la respectiva fuente de la relación de seguro social y la de seguro privado: con independencia de que este último tiene su origen en la iniciativa privada, mientras que el primero se origina en una iniciativa del Estado, para proteger a las personas inmersas en el mundo del trabajo, frente a los riesgos derivados del mismo ⁽¹²¹⁾, lo decisivo es que el Seguro mercantil se constituye en torno, y por referencia, a la institución del *Contrato de Seguro*, quedando fuera aquellas relaciones de cobertura aseguratoria que tienen un origen no contractual ⁽¹²²⁾. **La relación jurídica de seguro privado nace siempre en virtud de contrato**, el cual puede ser voluntario -obra de la libre y voluntaria iniciativa de las partes-, o *forzoso*, de modo que su conclusión y celebración venga impuesta por la Ley, que -por así expresarlo- no crea la relación de seguro, sino que

¹²⁰ TAPIA HERMIDA,A.J: “*Derecho de Seguros y...*”, cit., 2ª ed., p. 12. Idem.: “*Manual de Derecho de Seguros y...*”, cit., 1ª ed., p. 30.

¹²¹ DEL CAÑO ESCUDERO,F: cit., t. I, p. 9.

¹²² DONATI/VOLPE PUTZOLU: cit., ps. 8 y ss. FANELLI,G: cit., en CICU/MESSINEO, t. XXXVI, vol. 1, p. 17. GOLDBERG/MÜLLER: cit., p. 62. GÄRTNER,R: “*Privatversicherungsrecht*”, 2ª ed., actualizada, Darmstadt, 1980, p. 87. HOFFMANN,E: cit., ps. 2 y s. GARRIGUES DIAZ-CAÑABATE,J: “*Contrato de seguro terrestre*”, cit., 2ª ed., p. 4 y SANCHEZ CALERO,F: “*Curso...*”, t. I, p. 17. Idem: Comentario al Artículo 1º, en SANCHEZ CALERO/TIRADO SUÁREZ: cit., t. XXIV, vol. 1º, p. 10, aunque también DEL CAÑO ESCUDERO alude a ella.

impone el deber de crearla, mediante la conclusion de un contrato. En cambio, la relación jurídica de Seguro Social -relación de *afiliación* ⁽¹²³⁾- nace **directamente “*ope legis*”** ⁽¹²⁴⁾ o bien **de un acto administrativo** ⁽¹²⁵⁾.

En consecuencia, la S.S. carece de ciertas notas que identifican al Seguro privado: no existe voluntariedad, libertad, ni proporcionalidad entre prima y riesgo, pues -sin origen contractual- tampoco hay bilateralidad y equivalencia de las prestaciones, ni *“exceptio inadimpleti contractus”* ⁽¹²⁶⁾. La *falta de pago de cotizaciones* por el empresario *no exonera a la entidad gestora*, e incluso si llegase a quedar exonerada, debería pagar las correspondientes prestaciones, sin perjuicio de su derecho de repetición ⁽¹²⁷⁾. Esta circunstancia posee una ulterior trascendencia práctica respecto de la propia estructura de la relación aseguradora y de la índole de las prestaciones de los asegurados: que adoptan la forma de *primas*, en el Seguro privado, y de *cotizaciones*, en la S.S: la *“cotización”* es un *tributo*; una *“obligación de contenido económico, establecida por la ley, en virtud de la cual el Estado u otro Ente público se convierte en acreedor de un sujeto pasivo, como consecuencia de la realización por éste de un acto o hecho indicativo de capacidad económica”* ⁽¹²⁸⁾, habiéndose discutido –como mucho- si dicha debía ser calificada como impuesto, tasa o contribución especial, o como una exacción parafiscal especial ⁽¹²⁹⁾. Una construcción *“privatista”* de la *cotización* resulta inadmisibles, al venir superados los regímenes centrados en el riesgo: ahora, la cobertura se extiende a hechos preexistentes y ciertos -p.e., el nacimiento de un hijo antes de constituirse la relación jurídica por cuya causa se va a recibir asistencia social ⁽¹³⁰⁾. De ahí la separación de regímenes y de adscripciones ordinamentales y administrativas ⁽¹³¹⁾.

¹²³ Regulada en los arts. 12 y 13, TRLGSS., que nos revelan la obligatoriedad de la inserción en la Seguridad Social; al tiempo que señalan que la misma se practica ora a petición, ora a instancia de parte, ora bien de oficio por la Administración de la Seguridad Social.

¹²⁴ SANTOS BRIZ,J: *“La Responsabilidad civil. Derecho sustantivo y Derecho procesal”*, t. I, edit. MONTECORVO,S.A., 7ª ed. nuevamente revisada y actualizada, Madrid, 1993, ps. 409 y s. ALMANSA PASTOR,J.M: *“Derecho de la Seguridad Social”*, 6ª ed., Madrid, 1989, p. 257.

¹²⁵ ALMANSA PASTOR,J.M: cit., p. 267, siguiendo la línea de DONATI/VOLPE PUTZOLU: cit., p. 9, que hablan de la necesidad de que el mandato legal se lleve a efecto, bien sea por medio de un simple hecho, o bien un acto de naturaleza no negocial. En contra, vid. ALONSO OLEA,M. y TORTUERO PLAZA,J.L: *“Instituciones de Seguridad Social”*, edit, CIVITAS,S,A., 12ª ed., Madrid, 1990, ps. 136 y s., afirman que le relación que media entre el empresario y el ente asegurador, sea público (INS.) o sea una mutua patronal colaboradora, constituye un verdadero contrato de seguro, aunque documentado de forma especial.

¹²⁶ DONATI/VOLPE PUTZOLU: cit., p. 9.

¹²⁷ ALONSO OLEA,M: cit., p. 150.

¹²⁸ MARTÍN QUERALT,J., LOZANO SERRANO,C. y POVEDA BLANCO,F: *“Derecho tributario”*, edit. ARANZADI,S.A., 5ª ed., revisada, ampliada y puesta al día, Elcano (Navarra), 2000, p. 27.

¹²⁹ ALMANSA PASTOR,J.M: cit., p. 286. MARTÍN MATEO,R: *“Derecho Público de la Economía”*, cit., p. 248.

¹³⁰ ALMANSA PASTOR,J.M: cit., p. 221.

¹³¹ TAPIA HERMIDA,A.J: *“Derecho de Seguros y...”*, cit., p. 16.